ספר

שבט שמעון

נחלק לשני חלקים

חלק אחד כולל: חידושים על הלכות אבלות בשולחן ערוך יורה דעה, ועל הלכות נשואין, ועל הלכות יבום וחליצה בשולחן ערוך אבן העזר.

וחלק שני: הגדה על עניני הספדים, ברית מילה, ונשואין, מסודר על התורה על כל סדרא:

החלק שהוא על הלכות אבלות, ויבום וחליצה, ועל הספדים יקרא **בית אבל**

ומה שהוא על הלכות נשואין, וברית מילה ונשואין יקרא **בית משתה.**

חברתיו אני הצעיר באלפי ישראל

שמעון סידאן

רב בטירנויא והגליל

בעל המחבר ספר **אות ברית** על ה' מילה גרים ופדיון הבן, וספר **בית מנוחה** על הרמב"ם ה' חמץ ומצה, שופר, שביתת עשור, סוכה ולולב.

שנת תרמ"ד

נדפס בהוצאות בית מסחר הספרים של **ר' יוסף שלעזינגער**

וויען, זייטענשטעטטענגאססע 5.

Verlag von Jos. Schlesinger's Buchhandlung, Wien, Seitenstettengasse 5.

בעז"הי

הקדמה

אודה את ה' בפי ובתוך רבים אהללנו, על אשר עזרני והחזקני ללמוד תורתו הקדושה ביגיעה וזכני לחבר חבור שלישי שחלקתי לשני חלקים, חלק ראשון הוא חידושי הלכות על הלכות אבלות ונשואין וה' יבום וחליצה, וחלק שני הוא הגדה על כל פרשה שבתורה על הספדים, ועל ברית מילה ועל ברית נשואין, חבורי הכולל קראתי **שבט שמעון**, הקולמוס והטעם שהסופר כותב בו נקרא שבט כדכתיב בשופטים ה' מושכים בשבט סופר, גם הוראת שבט תוכחת מוסר כדכתיב והכה ארץ בשבט פיו, וגם קראתי לחידושי על הלכות אבלות ויבום וחליצה והגדה על הספדים **בית אבל**, וחידושי על נשואין והגדה על נשואין ומילה **בית משתה**, ואמר החכם שלמה בקהלת טוב ללכת אל בית אבל מלכת אל בית המשתה באשר הוא סוף כל האדם והחי יתן אל לבו, חז"ל אמרו לצדיק רע לו בעה"ז וטוב לו לעה"ב ולרשע טוב לו בעה"ז ורע לו בעה"ב, אמר טוב ללכת אל בית אבל פה בעולם התחתון מלכת לבית משתה קודם שהולכים לעולם העליון לעולם שכולו טוב שמתענגים שם בכל מיני עונג ושותים מיין המשומר מששת ימי בראשית, הבית משתה יהי' בסוף כל אדם, והחי יתן אל לבו יסתפק פה במועט ויתנהג על עניו בעה"ז כי רב טוב צפון לו לעה"ב, והנה רבות רעות שבעה נפשי מנעורותי עד עתה, בנערותי קיימתי פת במלח תאכל הרבה פעמים הייתי גם חסר לחם, והרבה חלאים ויסורים קשים סבלתי זה שנים רבות ובימי זקנותי מתו עלי בנים ובנות בגדלותן נחמדים וטובים ואני קורא עם המשורר לולי תורתך שעשועי אז אבדתי בעניי, וגם אני אומר כמו שאמרה לאה אמנו עתה ילוה אישי אלי כי ילדתי לו שלשה בנים, חז"ל אמרו על תורה צוה לנו משה מורשה קהלת יעקב אל תקרא מורשה אלא מאורסה היא לנו לארוסה על ידה אנו מולידים בנים רוחנים לאבינו שבשמים זכיתי להוליד בן שלישי אקוה שילוה ה' אלי ויחזקני עוד ללמוד ולהגות בתורתו ולהפיץ מעינותי חוצה כי עוד יש לי חידושים רבים על ש"ס והרבה חידושי הגדה על תנ"ך ועל המדרשים, וחוט המשולש לא במהרה ינתק, ה' יתן לספרי חנינה בעיני לומדי תורה שדברי ימצאו חן בעיניהם ואגורה באהלו עולמים, דברי הכותב בידים רפות מצפה לתשועת ה' במהרה שיתאחדו בני ישראל יחדיו ולא יהיו אגודות אגודות כי אם יעשו כולם אגודה אחת לעשות רצון אבינו שבשמים וה' יברך את עמו בשלום:

היום יום ג' לסדר וישלח תרע"ד לפ"ק:

הק' **שמעון סידאן**
רב בטירנוי והגליל.

בית אבל

על הלכות אבלות

א' ביורה דעה סי' ש"מ סעי' א' מי שמת לו מת חייב לקרוע עליו, בש"ך סק"ב כ' דמצות קריעה אינה אלא מדרבנן ואסמכוה אקרא ע"ש וכן כתבו תוס' במ"ק דף כ"ד והרמב"ן בתה"א ע"ש ועיין בשלטי הגבורים בפ"ק דע"ז שמביא בשם מהר"ף בהגהות סמ"ק דמש"ה מותר לקרוע אף דאיכא לאו דבל תשחית משום דמצות קריעה דוחה ללאו ע"ש ועכל"ל דהר"ף סובר כהנך ראשונים שמביא הרמב"ן בתה"א שסוברים דקריעה הוה מצוה דאורייתא, דאי אינו אלא דרבנן איך תדחה מצוה דרבנן איסור לאו בקום ועשה דרק בשב וא"ת העמידו חכמים דבריהם ולא לעבור בלאו בקום ועשה, גם היה קשה לפי דבריו איך פסקינן כאן בסימן ש"מ סעי' כ"ז דמקרעין לקטן שמת לו מת הלא הקטן אינו מצווה והמקרע עובר בבל תשחית, ועיין בברכי יוסף שמביא בשם מהר"י מלכו כאן בס"ק י"ב שהקריעה תהיה ע"י אחר ע"ש ולפי מהר"ף הלא הקורע אינו מקיים המצוה כ"א הנקרע, והלאו דבל תשחית עובר שקורע דאין שליחות לדבר עבירה, וע"ש בשלטי הגבורים שתמה על מהר"ף מרש"י שכ' כל זמן שהדבר אינו נפחת מכל וכל אין עוברין בבל תשחית והלא הבגד לאחר הקריעה עדיין ראוי למה שהי' מקודם ע"ש ובזה יש לתרץ קושי' תוס' בב"ק דף צ"א ד"ה עובר שהקשו מהמואל שקרע תליסר בגדים על מיתת רב ע"ש י"ל שמואל קרע בכל בגד רק מעט שהי' עדיין ראוי למה שהי' מקודם ולא עבר בב"ת, אבל ר"א אמר המקרע על המת יותר מדאי עובר בב"ת היינו שקורע כל כך שאינו ראוי עוד ללבישה, ולפי דברי הסמ"ג נראה כמש"כ המהרי"ל בתשו' קל"ח הביאו הברכי יוסף כאן אות י"א דמי שהוא לבוש בבגדי שבת וי"ט ובפתע פתאום באה לו השמועה שמת לו מת שצריך לקרוע שיוכל להחליפם בבגדי חול והב"י שם מפקפק עליו ע"ש דרק בבגדי חול כשקורעין טפח עדיין ראוים למה שהיו מקודם וליכא בל תשחית, אבל בגדי שבת וי"ט ודאי כשקורעין רק טפח אינם ראוים עוד ללבשן בשבת וי"ט דבטלה חשיבותם ולא די שמותר להחליף כ"א חייבין להחליף שלא לעבור בב"ת, ולמהר"ף דמצות קריעה דוחה לב"ת אין חייבין להחליף ועדיין י"ל דמותר להחליף, ולדעתי נראה בזה, באיש שדרכו לילך אף בחול בבגדים יקרים לא יחליף בגדיו שרגיל בהם תמיד בבגדים פחותים וגרועים כי בזה נראה שהמת אינו יקר בעיניו שישחית בגדיו עבורו, אבל מי שדרכו לילך בחול בבגדים גרועים רק שהולך לילך לקבל פני שר כמבואר בברכי יוסף שם לבש בגדים חשובים בגדי חמודות שלו ובפתאום שמע שמת לו מת יוכל להחליף וללבוש בגדיו שרגיל בהם תמיד, גם לפמ"ש תוס' במועד קטן דף כ"ו ע"ב ד"ה אמר ר"כ שאף שדי בקריעה על אב ואם עד שיגלה את לבו אם קרע טפי ליכא ב"ת דאיכא כיבוד אב ואם ע"ש ה"נ י"ל באב ואם לא יחליף משום כבוד אב ואם, ובשאר קרובים יחליף דיש לחוש משום בל תשחית והא דאין מברכין על הקריעה כמו בשאר מצות דצריכין לברך, יש לאמר כיון דזמן קריעה הוא קודם סתימת הגולל ואז עדיין איכא אנינות ואונן פטור מכל המצות ואינו מברך ואם יזדמן שהקריעה היא לאחר הקבורה לא פלוג רבנן כיון דרוב הקריעות קודם הקבורה.

ב' שם סעי' ד', עיין במ"ק דף כ' ע"ב דמקשינן אהדדי ומסקי' אלא לאו ש"מ כאן בחמיו וחמותו כאן בשאר קרובים ע"ש בתוס' ד"ה אלא בחמיו שתירצו דשם בשאר קרובים קאמר ע"ש ול"ע הלא בברייתא שם כל האמור בפ' כהנים קתני' בהדי' אשתו, וע"ש בתוס' ד"ה על שניים דמסופק הרב בשם רבו דוקא בנולדים מהם ולא באחיהם ונשותיהם קשה לי מאי הוכיח בגמ' דוקא על חמיה הלא י"ל ברייתא דמלעת לו מטה היינו באחיה ואחיותה דלא נולדו ממנה אבל בבנה ובתה שיש לה מבעל אחר י"ל מתאבל עמה כמו בשאר קרובים וליכא סתירה בברייתא ולא מוכח דדוקא באביה ואמה, ועוד קשה

מירושלמי במ״ק ה׳ ע״א הביאו הנמ״י דמביא על הבריי׳ דכל שמתאבלין עליו מתאבלין עמו כד דמך ליה אחותו ופקד לחיי בריה כד סליק לגביה הוי שלא סנדלך מבואר דאפילו באחיו ואחותו שלא נולדו ממנו צריכים להתאבל עמו, וע״ש בירושלמי ע״ב ר״י בן פזי בשם ר׳ יוחנן בדר עמו, ופי׳ שם בק״ע דוקא אם הוא היה דר אצל חמיו וחמותו או היא אצל חמיה וחמותה צריכין להתאבל אבל בלא״ה אפילו על חמיו וחמותו א״צ ע״ש והנה תלמוד בבלי ע״כ לית ליה חילוק זה דאל״ה הי׳ ק׳ אמאי מוקמינן ב׳ ברייתות דסתרי אהדדי חדא בשאר קרובים וחדא בחמיו ולא מוקמינן שניהם בחמיו וחמותו וכאן בדר עמהם וכאן בלא דר עמהם אע״כ דלא ס״ל לחלק ויהי׳ פלוגתא בין בבלי וירושלמי, לכן נראה לפרש בירושלמי דוקא אם האשה דרה עם הבעל בחדר אחד אז צריך לנהוג עמה אבלות אבל אם היא דרה בחדר א׳ והוא בחדר אחר א״צ לנהוג עמה וכן היא א״צ להתאבל עמו כדאמרי׳ בגמרא באפה נהוג אבלות:

ג׳ שם סעי׳ ה׳ העומד בשעת יציאת נשמה, עיין בתשו׳ אמ״ו בח״ם בי״ד תשו׳ שכ״ג מי שעומד בשבת בי״נ אם חייב לקרוע במוצאי שבת השיב עפ״י הגמ׳ דמ״ק דף כ״ה שבור מאי דהוה הוה מבואר כיון דלא קרע בשעת י״נ שוב לא יקרע וסיים שהוא פשוט ע״ש ויש לעיין לפמ״ש בתשו׳ תה״ד סי׳ רפ״ה שאין קורעין בחה״מ על שאר קרובים חוץ מאב ואם וקורעין אחר הרגל דדוקא בר׳ ספרא שטעו וחשבו שא״צ כלל לקרוע שוב אין כאן חימום אבל כשיודע שחייב לקרוע רק שמניח לקרוע משום שמחת הרגל לא אזלה ליה שעת חימום ומביא ראי׳ מה״ג ע״ש וה״ה הכא כיון דיודע שחייב לקרוע ומניח משום שבת י״ל דחייב לקרוע במ״ש, וכן משמע מהרמ״א כאן בסעי׳ ל״א דהמחבר כ׳ דבחה״מ קורעין עם עומדים בשעת י״נ וכ׳ הרמ״א ע״ז דנוהגין שלא לקרוע בחה״מ רק על אביו ועל אמו ועל שאר מתים קורעין לאחר המועד ע״ש מדלא כ׳ ועל שאר קרובים כ״א על שאר מתים שהזכיר המחבר העומד בשעת י״נ משמע דגם בכה״ג צריכין לקרוע אחר המועד וה״ה בשבת, אך מצאתי במשנה למלך בפ׳ י״א מה׳ אבל ה׳ א׳ שמחליט בפשיטות שאם מת בי״ט שא״צ העומדים שם בשעת י״נ לקרוע במוצאי י״ט ע״ש גם ראיתי בפתחי תשובה שמביא בשם הרדב״ז ח״ב סי׳ תתל״ח שפטור במוצאי שבת כמ״ש אמ״ו בח״ם, אך בספר תפלה למשה חולק עליו ופסק דחייב לקרוע במ״ש ומביא ראי׳ משבת דף ק״ה ע״ב דמקשינן שם אם עומד בשעת י״נ בשבת ה״ל מתקן דהא חייב לקרוע וע״כ דחייב דאי פטור לגמרי אין כאן תיקון, אך י׳ לחלק דוקא כל זמן שלא נקבר המת חייב אבל אם לא קרע עד אחר הקבורה פטור ע״ש ולפי מה שהוכחתי מתה״ד ומהרמ״א היה חייב לקרוע אף אחר שנקבר אך י״ל התם לא היה יכול לקרוע קודם קבורה, משא״כ כשיכול לקרוע קודם א״צ אח״כ:

ד׳ שם סעי׳ ה׳ בהג״ה י״א שמומר, עיין בש״ך סק״ט שמסיק כנגד הרמ״א בל״ע ע״ש עיין בסנהדרין דף מ״ז ע״א דרבא מחלק בין מיתה טבעית לקטלה ע״י ב״ד דבקטלה מכפרת, ואביי מקשה על רבא ומחלק בין הרוגי מלכות דשלא כדין מקטל ובין הרוגי ב״ד דכדין מקטל אינו מכפר ומביא ראי׳ מדתנן אין מתאבלין על הרוגי ב״ד, ומתרצינן לעולם דאין חילוק דכל קטלה מכפרת רק דמיתה וקבורה בעי וכ׳ תוס׳ שם ד״ה כיון דמקטל ובחידושי ר״ן ובחידושיו שם בדף ק״א דאנשי עיר הנדחת אם נהרגו ע״י ב״ד יש להם חלק לעה״ב כרבא דקטלה ע״י ב״ד ג״כ מכפר ע״ש מבואר דא״צ להתאבל דאבלות תחיל מסתימת גולל וקטלה אינו מכפרת רק עם קבורה וחיבוט הקבר עש״ה בסוגי׳ אך בתר העיון מוכח דע״כ הא דאמרינן מיתה וקבורה בעי דוקא אקטלה כדין אבל בקטלה שלא כדין ע״כ גם לרבא לא בעי קבורה דהא הוכיח מקרא דכתיב נבלת עבדיך מאכל לעוף השמים לא נקברו ואיך קרא אותן נבלת עבדיך דקודם אכילת עוף השמים לאו עבדיך הם, אע״כ דגם לרבא יש חילוק בין קטלה שלא כדין לא בעי קבורה ובקטלה כדין דוקא בעי קבורה, אך קשה אי גם רבא מודה חלוקו של אביי מנא ליה להוכיח משם דלמא בקטלה כדין אפילו עם קבורה אינה מכפרת:

ה׳ שם סעי׳ יוד בנקודת הכסף סק״ה משיג על הט״ז ועיין בבית לחם יהודה שכתב שנוהגין כהט״ז, ועיין בפתחי תשובה שמביא בשם תשו׳ גו״ו ותשו׳ פרח מטה אהרן כתבו דבדיעבד יוצאין בקריעת בגד תחתון וכיון דבגד שנקרא רחק להט״ז אפילו בדיעבד לא יצא ידי קריעה, ואם קורע הבגד למטה מרחק לכ״ע אפילו להש״ך יוצאין דהא אפילו נקרע בגד תחתון יוצאין בדיעבד לכן יש לנו לנהוג כהט״ז:

ו׳ שם סעי׳ י״ט בהמחבר ואפילו הלוקח אותו אסור לאחותו, עיין בב״י שמביא בשם הרמב״ן וא״ת כיון שמן הסתם אסור לאחותו למה הוצרכו להודיעו עש״ה נראה דיש להקשות הלא לרוב ראשונים מלות קריעה רק מדרבנן ואיסור איחוי ג״כ רק מדרבנן למה לא נימא נזל לוקח ספק דרבנן לקולא ויתלה שהוא מן הקרעים המתאחים ויהי׳ מותר לאחותו מספק, אך הרמב״ן שם כ׳ דרגלים לדבר שהוא מן הקרעים שאין מתאחים דאי היה מותר לאחות ודאי היה מאחה קודם המכירה ע״ש אך הלא עדיין י״ל דעדיין הוא תוך שלשים מעת שקרע על שאר קרובים דבתוך ל׳ אסור לאחות ולעולם י״ל שהוא מהקרעים המתאחים, לכן לדעתי נראה די״ל באמת הא דאסור ללוקח לאחות

לאחות היינו מיד בשעת לקיחתו דעתה, ע"כ הוא קרע שאינו מתאחה דאל"ה היה המוכר מאחה אותה וצריך להמתין ל' יום ואח"כ מותר ללוקח לאחות דבדרבנן ספיקא לקולא, ומה"ט אם הוא קרע על אביו ואמו שאינו מאחה לעולם צריכים להודיע ללוקח שלא יאחה אפילו לאחר ל', וראי' לדברי דאל"ה קשה למה לא הזכיר שאסור ללוקח לשלול מיד שמא הוא קרע מאב ואם שאסור לשלול בתוך ל' אע"כ דמותר משום ספק, דכאן ליכא רגלים לדבר מדלא שללו המוכר דבשלילה לא מתקן הבגד ועדיין דמיו פחותים ורק באיחוי מתקנים הבגד לגמרי, וקושי' הרמב"ן מחולין פ"ג דאם לא הודיע לו המוכר מותר ללוקח לק"מ התם אין כאן שום ריעותא בבהמה שקנה הלוקח ואיך יחוש על דבר חדש שמא מכר גם אמו היום דיש כאן כמה ספקות שמא האם כבר נשחטה ואת"ל עדיין חיה שמא היא ביד אחר ואם היא ביד מוכר שמא לא מכרה לשחטה היום, אבל הכא דיש ריעותא בבגד שקונה שרואה שנקרע על המת וכיון דכמה קרעים אסורים לאחות צריך הלוקח לחוש שמא הקרע מאותן שאסורים לאחות לעולם, ועל קושי' שני' של רמב"ן למה צריך המוכר להודיע כיון שסתמא ג"כ אסור ללוקח לאחות י"ל דעיין באבל רבתי דתני' שם דאסור למוכרו לגוי וכן פוסק הטור כאן והטעם אינו מבואר, ואין לאמר שמא יאחה הנכרי הלא על הנכרי ליכא איסור לאחות כ"א הטעם שמא ימכור הנכרי לישראל וישראל הקונה מנכרי ודאי לא יחוש שהנכרי קרעו על המת ויאחה, לפ"ז אם לא יודיע ללוקח מותר ללוקח למכור לנכרי דספק מותר למכור כמבואר בי"ד סי' כ"ז לכן צריך להודיע ללוקח שיהי' אסור לו למכור לנכרי, ועפ"ז נראה ליישב דברי תוס' במ"ק דף כ"ו ע"ב ד"ה רב לוקח ש"כ לא שמעתי אם מותר למכרו לנכרי דהי' ללוקח אסור לאחותו אם הוא נכרי מותר וקיימו לכאורה היה מותר ע"ש ונדפס שם במס' שמחות ספ"ט איתא דאסור ע"ש אמנם י"ל כוונת תוס' על לוקח שלקח סתם אם מותר למכרו לנכרי כיון דלקח בספק י"ל שמותר למכרו לנכרי ובמס' שמחות כשהודיע המוכר ללוקח דאז אסור למכור לנכרי:

והנה לרוב רבותא דסוברים דקריעה רק מדרבנן קשה לי מאי מקשינן בנדרים דף פ"ז מקריעה על נדרים הלא המג"א בסי' ס' מביא בשם רדב"ז אפילו אי מצות צריכות כוונה דוקא במצוה דאורייתא אבל במצוה דרבנן לכ"ע א"צ כוונה ע"ש לפ"ז בהפרה דהוה דאורי' י"ל דצריך לכוון על האשה הנודרת משא"כ בקריעה דאינה אלא מדרבנן א"צ לכוון, שנית קשה מאי מקשינן בקריעה וכי ס"ד אם הי' אומרים לו מיד שמת בנו לא היה קורע הלא חייב לקרוע עליו כמו על אביו לכן צ"ל משא"כ בהפרה י"ל אם היה אומרים לו שהיא אשתו לא היה מפר ורק משום שסבר שהיא בתו הפר והשתא נמלך והפר גם לאשתו לכן לא מהני הפרתו וכדמשמע לישנא דר"ן במתניתין שם ש"כ שאמרו לו שבתו נדרה ומתוך כך הפר או קיים, וכן כ' הריטב"א והנמ"י בנדרים שם בפירש דשמא אלו היה יודע לא היה מפר ע"ש ועיין בשערי דיעה כאן שה"ק לפי' רש"י ותוס' שם דאמרו לו סתם והוא מפר בסתם לאיזה שתהיה. מגיטין דף כ"ד ע"ב אמר לסופר כתוב לאיזה שארצה אגרש בו דפסול לגרש בו משום דכתיב וכתב לה לשמה, והא הכא כתיב יניא אותה ואפ"ה אמרינן באמרו לו סתם דמהני הפרתו אעפ"י שלא ידע בשעת הפרתו מי נדרה ע"ש ולק"מ חדא דרק בקושי' ס"ד דיניא אותה דוקא דס"ד בכל אופן לא מהני הפרה אם לא ידע בבירור ומקשינן מקריעה דמהני, וע"ז מתרצינן דיניא אותה לאו דוקא לאתקש הפרה להקמה ובהקמה לא כתיב אותה כמ"ש הר"ן דף פ"ו ע"ב ד"ה למימרא, או דאותה מרבה שיפר רק לאשה אחת, ולא לשתי נשים בהפרה אחת, ומש"ה בסתם מהני הפרתו, משא"כ במפרש שמתכוון על אשה אחרת לא מהני כמו דאמרי' אף אם אין מצות צריכות כוונה אם יש לו היפך כוונה לא יצא כמ"ש תוס' ברכות י"ב ע"א ד"ה לא לאתוי ועוד בלא"ה לא ק' קושיתו דהא ר' פנחס אמר נדה מ"ו כל הנודרת על דעת בעלה היא נודרת וכן בת סתמא על דעת אביה היא נודרת, וכשאומרים לו סתם והוא מפר סתם איזה שנדרה יהי' הנדר מופר אין כאן התחלה לנדר, משא"כ בגט שלא נודע בשעת כתיבה כלום אין זה ספר כריתות דהספר צריך שיכתב מיד להאשה שתתגרש ול"ק קושיתו לפירש רש"י ותוס', אבל לפירוש הר"ן והרא"ש שם עדיין קשה דהא הוא כבר שהיא אשתו ולא נתכוון כלל על נדר בתו:

ז' סעי' כ"א בש"ך סקל"ב, הש"ך מביא בשם הב"ח מה שלא מצאתי בב"ח כ"א בד"מ סקי"א כ' כן דמשמע כן מלשון הרמב"ם וכ' אח"כ דיש לדחות ע"ש ומה שכ' הש"ך ולי נראה איפכא דתוך ז' של שני צריך טפח ע"ש לא הבנתי הלא גם לב"ח כן דלא מהני תוספת כ"ש אבל הוספת טפח ודאי מהני בכל אופן כמבואר בטור, אך דברי ש"ך ודברי ד"מ צ"ע ממ"ק דף כ"ו דאמר ר' זירא מש"ה כל ז' קורע משום דלא ניתן לשללו משא"כ אחר ז' כבר שלל ע"ש ברש"י וכיון דקרע ראשון שהוא אחר ז' יכול לשלול למה לא יוסיף בכ"ש:

ח' שם סעי' כ"ג בש"ך ס"ק ל"ו כ' אעפ"י שהבדיל קמי שפה בקריעה ראשונה מ"מ כיון שצריך גם עתה להבדיל א"כ כל שמוסיף אינו מבדיל לכך צריך קריעה חדשה ע"ש קשה לפי דבריו הלא הרמ"א פוסק לעיל סעי' י"ב כהמרדכי שעל כל מתים צריך לקרוע קמי שפה, איך פוסק הכא בשאר קרובים שיכול להוסיף אחר ז' בכ"ש ובתוך ז' טפח הלא אינו מבדיל בקריעה זו קמי

שפה, אע"כ כיון דכבר מובדל די בזה ורק אם השפה נשארת מחוברת יחדיו וקורע למטה אז אין הקרע ניכר כל כך ול"ע גם ק' לש"ך הלא באב ואם מבואר במ"ק דף כ"ב ע"ב לכ"ע צריך להבדיל קמי שפה ע"ש ואיך אמר ת"ק דר"י ב"ב שיכול להוסיף כשקרע תחלה על בנו מוסיף אח"כ על אב ואם הלא לש"ך ע"כ צריך קריעה חדשה:

ויש לעיין במה שאמר ת"ק דר"י ב"ב אם קרע על בנו תחלה ואח"כ הוסיף על אב ואם דעליון מתאחה, הלא לקריעת אב ואם שייך הבדלה קמי שפה כמבואר לעיל מ"ק כ"ב ע"ב ואם מאחה העליון הלא מאחה מה שייך לקריעת אב ואם דהא בעי קריעת שפה העליון, ועיין במהרי"ק שורש כ"ג שכ' בסוף התשובה וגם רבנו אברהם פסק כדברי המיקל דאפילו תוך ז' א"צ רק להוסיף ולא ראיתי שום פוסק שחולק עליו בזה ע"ש לא הבנתי הלא בתוך ז' לכ"ע צריך לקרוע קרע אחר ואסור להוסיף ולסמ"ג ולמרדכי א"צ להוסיף בתוך ז' כלל:

יש לעיין בקרע על אביו ואחר ז' מת אמו אם צריך לקרוע קרע אחר או יכול להוסיף והנה לר"י מגאש שהביא הב"י ור"י בן גאות שמביאו הרי"ו שעל אב ואם אינו יכול להוסיף משום דצריך לקרוע עד לבו ומשום שוב אינו יכול להוסיף דפסקו כי"א רק עד לבו, לא שייך תוספות כשקרע על אביו, אך לרמב"ם ונמ' וריטב"א שמחלקים דוקא כשקרע תחלה על אחד מקרובים אסור להוסיף על אב ואם שאין זה כבודם שיהיו טפלים אבל בהיפך אם קרע תחלה על אב ואם יכול להוסיף עמ"ה לפ"ז י"ל אם קרע תחלה על אביו יכול להוסיף על אמו דהא אמו חייבת בכבוד אביו כמבואר בי"ד סי' ר"מ סעי' י"ד וע"ש בש"ך, אך בהיפך אם קרע תחלה על אמו יש לעיין אם יכול אח"כ להוסיף על אביו שיהי' האב טפל לאמו, ויש להביא ראי' דבכל אופן יכול להוסיף' דהא ר"י ב"ב אמר מש"ה בעי קרע בפני עצמו באב ואם משום דאינו בתוספת וא"י דגם באם ואב אינו בתוספת אמאי יצא בקרע אחד לשניהם, יצטרך גם באב ואם קרע לכל אחד כיון דאינו בתוספת אע"כ מוכח דבאב ואם או באם ואב יכול להוסיף לכן קרע אחד לשניהם, וראיתי בלבוש כאן סעי' ג' שכ' באב ואם שאסור לשלול אחר ז' לכן אינו יכול להוסיף ושם סעי' כ"ב מחזיק בשיטתו ופוסק דתוך ז' לא מהני אפילו כשמוסיף טפח אבל אם מת בנו אחר ז' יכול להוסיף וצריך לקרוע טפח ולא כ"ש דקריעה מאב ואם אינו נחשב לשני משום דא"י לשלול לכן צריך טפח ע"ש ולכאורה יש ראי' ממ"ק דף כ"ו כנגדו, דשם מקשינן על מ"ד אחר ל' מוסיף מאב ואם דאי' לאחותו לעולם ומתרצינן משום כבודו של אב ואם ולא מדינא ע"ש ברש"י ויכול להוסיף, אך אחר העיון נראה דמשם יש ראי' ללבוש, דיש להקשות למה מקשינן דוקא למ"ד אחר ל' ולא למ"ד אחר ז' דבאב ואם הלא א"י לשלול ונתרץ משום כבודן וממילא נדע גם למ"ד אחר למ"ד, אע"כ דבתוך ל' כיון דבשאר קרובים עדיין איכא איסור איחוי מדינא איכא באב ואם איסור שלילה מדינא משום דאבלות אב ואם חמורה יותר ובאמת לא מהני תוספת כ"ש, ורק אחר למ"ד דבשאר קרובים יכולים לאחות לגמרי ואין כאן עוד שום אבלות אז באב ואם אינו אלא משום כבוד לפ"ז תוך ל' לא מהני תוספת כ"ש משום איסור שלילה ובעי טפח דוקא כמ"ש הלבוש ולכן כשקרע על אב ובתוך ל' מתה אמו צריך להוסיף טפח דוקא ולא כ"ש ולאחר ל' רק כ"ש ועדיין צ"ע:

ועי"ש בריטב"א שמקשה הלא בתוך ז' בכל אופן אסור להוסיף ולמה אמר ר"י ב"ב רק באב ואם ע"ש נראה דעיין בטור בתוך ז' מותר להוסיף בטפח רק בכ"ש לא משא"כ באב ואם אין להוסיף בכל אופן, שצריך קרע שלם לשמן בלבד, ועיין בסמ"ג הלכות אבל שפוסק בשם ירושלמי בתוך' ז' קורע קרע אחד ופירש הוא כלומר די לו בראשון ואם לאחר ז' מוסיף על קרע הראשון כ"ש ע"ש וע"כ שסובר שגם בגמרא דידן מה שאמרו כל שבעה קורע הכוונה על קריעה ראשונה מה שקרע. דאי היה מפרש כרש"י שצריך לקרוע קרע אחר דאינו ניכר שהוסיף בשביל מת אחר משום שאסור לשלול ע"ש לא הי' לא לפסוק כירושלמי כנגד בבלי, ולא קשה קושי' הריטב"א דבתוך ז' אין צריך להוסיף ולא שלא יהני התוספת וע"ז אמר ריב"ב דכיון דבאב ואם לא מהני אפילו כשהוסיף איך יהי' די לו בקריעה אחת, ומצאתי בב"י שתמה על הסמ"ג והמרדכי שהניחו גמרא דידן ופסקו כהירושלמי ע"ש ולפמ"ש לא פליגי בבלי וירושלמי, ועיין בירושלמי במ"ק הלכה ז' ר"י בן תימא אומר, ולא דא היא קדמיתא ע"ש מה שנדחק בעל ק"ע לפרש, ולי נראה דעיין ברמב"ם סוף פרק ח' מה' אבל ובנמ"י וריטב"א שסוברים דרק אם קרע על שאר קרובים תחלה אז אינו יכול להוסיף על אב ואם אבל בהיפך אם קרע על אב ואם תחלה יכול להוסיף על שאר קרובים ע"ש וזהו שאמר הירושלמי ולא דא היא קדמיתא אם אב ואם הם בקדמיתא בזה יכול להוסיף על שאר קרובים אלא שלא יוסיף לו על שם אביו ולא על שם אמו שהתוספת לא יהי' על שם אב ואם אבל אם עיקר הקריעה על אב ואם והתוספת על שם בנו או על אחיו רשאים ויש ראי' מכאן להנך ראשונים שהבאתי והרמב"ן ור' ירוחם והב"י מסכימים ג"כ להרמב"ם. ובעיקר פלוגתא דת"ק וריב"ב נראה דפליגי בדברי מהר"ל שמביא הש"ך כאן סקי"ט דבשאר קרובים צריכין לקרוע בימין ובאב ואם בצד שמאל ת"ק לית ליה האי חילוק לכן אומר קרע אחד לכולן וריב"ב אומר שצריכין קרע לכל אחד דכל אחד צריך צד בפני עצמו

ועי"ז

ועי"ז אמר ר"ל שאין מוסיפין ג"כ מה"ט בשום אופן כשיטת רש"י וצריך לקרוע דוקא קריעה חדשה משום דבעי לב בש"ע, ולפ"ז י"ל מה דאמרינן לעיל דף כ"ב ע"ב על כל המתים קורע טפח ועל אביו ואמו עד שיגלה את לבו אין הכוונה שצריך באב ואם לקרוע יותר מטפח דא"כ היה קשה ממ"ק דף כ"ו ע"ב דר"מ ור"י מחליטין קריעה טפח ואין מחלקין בין שאר קרובים לאב ואם אלא הכוונה בשאר מתים קורע טפח בימין ולא כנגד לבו ובאב ואם דוקא בשמאל כנגד הלב ודי בטפח, ועפ"ז מיושב קושי' תוס' במ"ק דף כ"ו ע"ב ד"ה אמר ר"ל שהקשו הלא לא שייך תוספת באב ואם שמלב ואילך אינו יכול להוסיף לי"א ע"ש ובזה ניחא דבלב הלב די בטפח:

ט' שם סעי' כ"ד, הנה בש"ע פוסק דאם אמרו לו מת לך מת סתם וקסבר הוא שהוא אביו וקרע ואח"כ שמע שמת בנו יצא ידי קריעה, וע"ש בש"ך ס"ק ל"ז בשם הב"ח שלא יצא ידי קריעה בכה"ג כ"א כשקרע על איזה מת שיהי' אז יצא, ובס"ק ל"ח שם מביא הש"ך בשם ד"מ שהנמ"י בפ' אלו מגלחין כ' דבקרע סתם ואח"כ נודע מי שהוא שמת יצא ידי קריעה משום דיש ברירה, והנה הב"ח מאריך בה' נדרים סי' רל"ד שם השיג הב"ח על הב"י שכ' שהטור סובר כאביו הרא"ש דאפילו קסבר שהוא אביו יצא ידי קריעה ומהטור שם ובסי' ש"מ נראה דלית ליה כאביו כ"א רק כשקרע סתם על איזה מת שיהי' יצא וכן בהפרה על איזה אשה שנדרה אבל בסבר שהוא אשתו והפר ואח"כ נודע שהוא בתו לא מהני ע"ש אך בכל זאת הש"ך הביא את הב"ח לדינא, ולדעתי להלכתא אין הלכה כהטור שם ולא בסימן ש"מ כ"א כמו שפסק המחבר שם וכאן דילא, דעיין בנדרים דף פ"ז מלבד הרא"ש והר"ן שם שכתבו בסבר שהוא אשתו ונודע שהוא בתו דמהני הפרה, כ' כן הרי"ף בנדרים שם והרמב"ן בהלכותיו שם על נדרים והריטב"א והנמ"י שם סביב הרי"ף והרמב"ן והרשב"א בחידושיהם, וכיון דכל הני גדולי הראשונים סוברים לגבי הפרה דהוה מדאורי' דמהני הפרה בכה"ג, כ"ש לגבי קריעה דאינו אלא מדרבנן דמהני הקריעה בסבר שהוא אביו ונמצא שהוא בנו, והטור ורש"י ותוס' בנדרים פ"ז כאין נחשבו נגד כל הני רבוותא ואין ספק אללי אלו ראו הב"ח והש"ך כל הני רבוותא לא היו חולקים על הש"ע רק שאז עדיין לא נמצאו אז היו בכתב יד ואנחנו זכינו שנדפסו בימינו, ועיין בשיטה מקובצת בנדרים פ"ז שמביא בשם שיטה שפירש ששם אביו ושם בנו שוים כגון ששניהם נקראים שמעון ואמרו לו שמת שמעון וסבר שזה שמעון אביו ונודע שהי' שמעון בנו יצא ידי קריעה ע"ש מזה נראה שבדורות ראשונים קראו בניהם על שם אביהם כשעדיין אביהם היה בחיים ועתה נזהרים בזה, ועיין בר"ן בפרק א"נ אם קרע סתם על איזה מת שיהיה מהני קריעתו דיש ברירה והד"מ מביא כן בשם נמ"י, והש"ך פסקו בסי' ל"ח ע"ש ולפי טעמו של הר"ן רק בקריעה היה לן לפסוק בסתמא דמהני דבדרבנן קי"ל דיש ברירה אבל בהפרה דהוה דאורייתא הי' לן לפסוק בסתמא דלא מהני דבדאורייתא קי"ל אין ברירה, ובאמת כל הראשונים וכל הפוסקים מסכימים דאם הפר בסתמא לאיזה שנדרה דמהני הפרתו, וטעמם משום דאמרינן בערובין דף ל"ו אמר ר' יוחנן וכבר בא החכם ע"ש ברש"י כיון דכבר בא החכם וכבר נעשה המעשה רק כשאצלו חסרון ידיעה לאיזה צד בא אין זה סמך על ברירת ספק דהחכם כבר בא קודם קנית הערוב ע"ש ה"נ גבי הפרה וקריעה כבר נדרה אשתו או בתו בעת הפרה רק שהוא עדיין לא ידע בעת הפרתו מי נדרה וכן בקריעה כבר מת אביו או בנו רק שהקורע עדיין לא ידע מי מהם מת אין זה כ"א חסרון ידיעה וא"צ לברירה כלל והר"ן שתולה זאת ביש ברירה הוא תמוה. מגמ' דעירובין ל"ו שהבאתי:

ויש לי עיון לפי מהרש"ל שמביא הש"ך כאן בסק"ט דנוהגין בכמה קהלות לקרוע על אב ואם בצד שמאל ועל שאר קרובים בצד ימין ע"ש אם הוא סבר שהוא אביו וקרע בשמאל ואח"כ נודע שהוא בנו דכפי המבואר בש"ך שם מהני בדיעבד אף בשאר קרובים כשקרע בצד שמאל אם בכה"ג ג"כ מהני דבחולין י"ג מבואר בקטנים אף שאין להם מחשבה, במחשבתן ניכרת מתוך מעשיהם מהני המחשבה ע"ש ה"נ י"ל כיון שקרע בשמאל ניכרת מחשבתו מתוך מעשיו שקרעו בעד אביו ואף דמחשבתו לחודא לא מהני, הלא במפרש שקורע לאביו לא מהני קריעתו לבנו וכאן ע"י שקרע בשמאל ניכרת מחשבתו מתוך מעשיו והוה כאילו פירש שקרע לאביו ולא יהני, והראשונים והפוסקים שכ' דמהני י"ל שדברו או שהיו בקהלות שלא נהגו לשנות בצדדים בין אב ואם לשאר קרובים בקריעה וליכא שום הוכחה מקריעה למי הי' מחשבתו אבל במקומות שלנו שאנו נוהגין כמהרש"ל יש לאמר דבכה"ג לא מהני הקריעה. והנה במפרש שקורע על אביו מחלק הש"ע בין כשנודע תוך כדי דבור שהוא בנו או אחר כ"ד וכן בסימן רל"ד לגבי הפרה, אך הרמב"ם בפי"ב מה' נדרים אינו מחלק שם כן בין תכ"ד לאחר כ"ד ועיין בלחם משנה ה' אבלות פרק ח' שהקשה על הרמב"ם אמאי אינו מביא תירוצו של ר' אמי בנדרים פ"ז, ונראה דהמפרשים פירשו דקושי' הגמ' מקריעה על מתניתן היינו כיון דאמרינן בקריעה יצא ואע"ג דכתיב על שאול ע"כ דלא דרשינן על ואמאי דרשינן אותה, וע"ז מתרלינן דבסתם יצא בקריעה אבל במפרש באמת לא יצא דרשינן על וגם דרשינן אותה על מפרש דלא מהני ההפר' וא"כ מקשינן תרי ברייתות אהדדי כפי' רש"י וכפירש אחד שמביא הרא"ש

הרא"ש וע"ז מתרץ ר' אשי ברייתא דלעיל בתכ"ד ואז יצא דאז הקריעה שקרע תחלה על אביו הוה כאלו קרע על בנו משא"כ לאחר כ"ד, לפ"ז מוקמינן לעולם מתניתן דנדרים בתכ"ד ואפ"ה לא קשי' בשלמא בקריעה דאכתי המעשה שעשה עדיין קיים ויכולים לאמר דהוה כאלו עשה השתא אבל בהפרה שהפר ואח"כ שמע להדבור כבר פרח באויר איך נאמר דהוה כאלו מפר השתא ואפילו שמע תכ"ד לא מהני הפרתו שהפר, ואין זה דומה לחזרה דיוכל לחזור תכ"ד דהתם כ' הר"ן שם בנדרים דלא עשה בגמר דעת ומתחלה דעתו שיהי' יוכל לחזור תכ"ד משא"כ לענין זה:

יוד שם סעי' כ"ז קטן שמת לו מת עיין בט"ז ס"ק ט"ו והשגת הנקודת הכסף עליו

ע"ש עיין במג"א סי' שמ"ג סק"ח שמביא בשם הרמב"ם ותוס' דרק אב חייב לחנך בנו ועיין בנזיר כ"ט דאם אינו חייבת לחנך בניה לפ"ז אם מת לקטן אביו אין כאן חיוב חנוך וא"צ לקרוע בגדיו וא"צ להתאבל ול"ק קושי' נקה"כ דשם במת לו אב ומה שכ' ואמו היינו ו' החבור, וי"ל כשמת אמו ואביו קיים שחייב לחנכו באבלות ובקריעה אך בכה"ג הלא האב הוא אונן וכיון דאונן פטור מכל המצות פטור גם ממצות חינוך וא"צ לחנך בנו הקטן לקרוע בגדיו קודם סתימת הגולל וכיון דליכא אנינות ליכא גם אבלות בקטן דהיכא דליכא אנינות ליכא אבלות, ועוד זאת כמו דחייב אביו לחנכו באבלות חייב לחנכו בתלמוד תורה ואם יחנכו באבלות יתבטל מת"ת ות"ת כנגד כולם, ובבת דליכא משום ביטול תורה אך בבת לפי המבואר בנזיר כ"ט ליכא בבת חיוב חנוך וא"צ לחנכה באבלות, ועוד זאת כל חיוב חנוך אינו אלא להרגיל את הקטן כדי שאם יתגדל שיהי' רגיל בקיום המצות, וזה שייך במצות שחייבין מזמן לזמן ובודאי יבואו עליו כשיגדל, אבל אבלות אקדומא פורעניות לא מקדימינן שיתאבל בגדלותו, ולפי הרי"ץ גיאות שמביא הטור דצריכין לקרוע לקטן שהגיע לחינוך ולפי הדרישה שמביא הט"ז דקטן שהגיע לחנוך צריך להתאבל יש להקשות מברייתא דמועד קטן דף כ"ו שנקטה סתמא בקטן מקרעין מפני עגמת נפש ולא מחלקת בין הגיע הקטן לחינוך ללא הגיע הלא יש כ"מ טובא דמצד עגמת נפש הלא כתבו הב"ח והפרישה די בקריעה כל דהוא אבל בהגיע לחינוך צריכין לקרוע לו טפח כדינו, וגם כ"מ דבהגיע לחנוך צריך להתאבל להדרישה, ועוד משמע מדרישה דמצד עגמת נפש אינו אלא כשמתו אב ואם, אבל משום חינוך צריכין לקרוע בכל קרובים, לכן נראה כמ"ש לעיל דא"צ לחנכו לא לענין קריעה ולא לענין אבלות:

י"א שם סעי' כ"ט המחבר פוסק הקורע בחלוק גזול לא יצא ידי קריעה דהוה מצוה הבאה בעבירה ע"ש ול"ע הלא המחבר בש"ע א"ח סי' תרמ"ט סעי' ה' פוסק כהרמב"ם וכשמואל בסוכה ל"א דבמצוה דרבנן לא אמרינן מהב"ע ואיך פוסק הכא בקריעה דרבנן דלא יצא משום מהב"ע, ואין לאמר דהמחבר פוסק כהראב"ד שסובר דקריעה הוה מצוה מדאורייתא הלא בסעי' ל' כאן פוסק המחבר בקטן דלא קים לן ביה שכלו חדשיו אין קורעין עליו כשמת בתוך ל' וטעמא כ' הט"ז משום דקריעה אינו אלא מדרבנן וספק דרבנן לקולא, ועיין ברמב"ן בתה"א ובריטב"א במ"ק דף כ"ג שמביאים ב' דעות בזה יש שפוסקין קריעה דאוריתא ולכן פוסקים שקורעין על תינוק שמת בתוך ל' דספקא דאורייתא לחומרא והרמב"ן חולק דא"צ לקרוע משום דקריעה רק מדרבנן וספקא דרבנן לקולא, ואף שהרמב"ן פוסק ג"כ דאין יוצאין בקריעה בבגד גזל משום מהב"ע, י"ל הרמב"ן פוסק כר' יוחנן בסוכה ל' דאף במצוה דרבנן אמרינן מהב"ע אבל על המחבר קשה שפוסק כהרמב"ם ואם גזל בגד מנכרי וקרע אותו יש לתלות במ"ש המג"א סי' תרל"ז סק"ג דהש"ג והרי"ו סוברים אע"ג דגזל עכום אסור מ"מ לא הוה מהב"ע ויצא ידי קריעה, אך לתשו' רשב"א סי' תתכ"ב דגם בגזל נכרי שייך מהב"ע לא יצא ידי קריעה אם לא שנאמר דהוה ס"ס שמא הלכה כהרמב"ם וכשמואל דבמצוה דרבנן לא אמרינן מהב"ע וקריעה רק מדרבנן, ואת"ל הלכה כר' יוחנן דגם במצוה דרבנן הוה מהב"ע שמא הלכה כהש"ג והרי"ו דבגזל נכרי לא אמרינן מהב"ע ויצא ידי קריעה:

י"ב שם סעי' ל"ד באומר השאילני חלוקך שאלך לבקר את אבי שהוא חולה מותר לקרוע

כשמת, דין זה מבואר בברייתא דמ"ק דף כ"ו ע"ב בשם רשב"ג ע"ש ויש להקשות הלא בגיטין כ"ח אמר רבא השולח גט לאשתו ומניחו חולה יתן הגט בחזקת שהוא חי משום דרוב חולים לחיים נוכל לסמוך שלא מת ע"ש ולמה לא נימא כאן שהמשאיל לא חש למיעוט חולים שמתים וסמך על הרוב שלא ימות אביו מחליו ולכן לא התנה עמו שלא יקרע בגדו כשימות אביו ולעולם שלא הרשה לו לקרוע, והא דאמר רשב"ג כן משום דאזל לשיטתו דלפמ"ש תוס' בבכורות כ' ע"ב בד"ה חלב פוטר דרשב"ג סובר כר"מ דחיישינן למיעוט ע"ש וכיון דחיישינן למיעוט היה לו להמשאיל לחוש למיעוט שמא ימות אביו מחליו ולהתנות עמו שלא יקרע אותו ומדלא התנה הרשה לו לקרוע, אבל לדידא דקי"ל כרבנן דר"מ דלא חיישינן למיעוט א"צ להתנות, ואין לאמר הלא ביבמות דף קי"ט אמרינן דאף לר"מ דחייש למיעוט היכא דאיכא רובא וחזקה אף ר"מ לא חייש ע"ש והכא הלא הוה רובא דרוב חולים לחיים וחזקה חזקת חי ואף לר"מ אין לחוש למיעוט, זה ליתא החזקה לא מהני רק לשעבר אם דנין אי נשתנה הדבר מכמו שהי' מוקמינן הדבר על חזקתו שנשאר כמו שהיה אבל לא מהני שלא נחוש לעתיד שישתנה בפרט

חזקת חי שעומדת להשתנות ואין כאן אלא רוב רוב חולים עומדים מחלים ומיעוט מתים ולר"מ ולרשב"ג הי' לו למשאיל לחוש למיעוט ולהשתנות ולא לדידן ועיין בגיטין כ"ח פליגי אביי ורבא אביי איכו מחלק בין שמא מת לשמא ימות ורבא מחלק דלשמא ימות חיישינן לפ"ז לאביי לא הי' לו להמשאיל לחוש לשמא ימות ולהשתנות ולרבא הי' לו לחוש ולהשתנות, אך לפ"ז הלא לרבא גם בבריא חיישינן לשמא ימות ולא דוקא בחולה ולמה אמרינן כאן רק באמר לו שאביו חולה יוכל לקרוע אבל בלא זה איכו רשאי לקרוע הלא בכל אופן הי' לו להמשאיל להשתנות:

סימן שמ"א

א' סעי' א' במחבר ופטור מכל מצות האמורות בתורה, הכי תנן במתניתן בברכות דף י"ז הא דאמר ממצות האמורות בתורה ולא אמר סתם ופטור מכל מצות יש לדייק דוקא ממצות דאורייתא פטור האונן עפ"י מה שכ' רש"י שם לפי שהוא טרוד ממחשבת קבורתו ע"ש י"ל דוקא במצוה דאורי' דבעי כוונה ואונן איכו יכול לכוון, אבל במצוה דרבנן דלא בעי כוונה כמ"ש המג"א בסי' ס' בשם הרדב"ז חייב האונן והא דפטור מתפלה י"ל דלרמב"ם הוה תפלה מדאורייתא רק הזמן מתי שמתפלל קבעו חז"ל, ועוד זאת תפלה בלא כוונה הוה כגוף בלא נשמה, אך בירושלמי ר"פ מי שמתו שם מבואר דאף ממצות דרבנן כגון מנטילת לולב בחה"מ דאיכו אלא מדרבנן פטור האונן, אם לא שנאמר דיש לו עיקר מה"ת, ועיין בירושלמי שם דר"א ור"י פליגי ר"א סובר ביום ראשון איכו מניח תפילין ור"י סובר אף ביום שני, כנראה דפליגי בסברת תשו' מהרי"ץ שמביא הדגול מרבבה בי"ד סי' שפ"ח דרק אם יום המיתה ויום הקבורה ביום אחד פטור מתפילין ר"א סובר רק יום ראשון היינו יום המיתה אבל ביום שני ביום קבורה חייב בתפילין, ור"י סובר אם יום הקבורה ביום השני ג"כ פטור והלכה כר"י נגד ר"א ודלא כמהרי"ץ, ובזה יש לתרץ קושי' הצל"ח בברכות שם שהק' על הירושלמי למה מקשה לר"י ולא לר"א למה אמר מתו מוטל לפניו ע"ש ועפמ"ש י"ל לר"א אם יום הקבורה איכו ביום המיתה חייב בתפילין אבל אם מתו מוטל לפניו פטור אף אם איכו יום המיתה, משא"כ לר"י דפטור אף אם יום הקבורה איכו ביום המיתה קשה למה תני מתו מוטל לפניו הלא אפ"י אחר הקבורה פטור:

ועיין בתשו' מהרש"ל סי' ע' שחידש דאונן חייב במצות מקריות שאינן נוהגות בכל יום רק לעתים שונים ולאיזו מכתובות דף ד' ע"ב דבועל בעילת מצוה ע"ש והלא פטור מכל המצות ועיין בנקודת הכסף בי"ד סי' שמ"ב שמביא בשם ר"י גיאות ורד"ק שז' ימי משתה איכם אלים רק אחר שבעל ואם לא יבעול לא יחולו ז' ימי משתה וכיון שהכין כבר התילו משום הפסד ע"ש וליכא ראי' משם, ועוד מביא המהרש"ל ראי' מהולך לשחוט את פסחו ולמול את בנו ושמע שמת לו מת ע"ש כנראה עפ"י מה שכ' הב"ח כאן ובש"ע א"ח סי' ע"א לתרץ על ר"ת דאם הוא בעיר אחרת ושאר קרובים הם בעיר שהמת שם אז ליכא אנינות עליו שאותן קרובים שהם במקום המת חייבים בקבורת המת ע"ש לפ"ז בדיוק נקט הולך לשחוט את פסחו ולמול את בנו ושמע שמת לו מת ולא נקט סתם שא"ל לטמא למתו בע"פ אלא דוקא כשהלך למקום אחר ובעיר אחרת שמע שמת לו מת בביתו א"ל לשוב לביתו להתעסק כמו דליכא אנינות בכה"ג ולעולם י"ל אם הוא במקום המת פטור מכל מצות פרטית, ועיין בחידושי ר"ן בסנהדרין דף ל"ה ע"ב שכ' מעשה דיוסף הכהן הי' קודם חצות, והא דעשה דטומאת קרובים איכו דוחה לפסח ומילה מיירי לאחר חצות שכבר חל עליו חיוב שחיטת הפסח ואיכו בדין שתדחה מצוה שכבר התחיל בה בשביל טומאת קרוב שלא התחיל בה ודמי לעוסק במצוה שפטור ממצוה ע"ש ומזה יש ללמוד מי שהתחיל כבר במצוה ומת לו מת שיגמור המצוה ולא יפסיק כמבואר בתשו' שבות יענקב סי' ס' ע"ש וליתא לראיות מהרש"ל כיון דכבר התחיל והלך לשחוט ולמול ואח"כ שמע, גם לפי המבואר בא"ח סי' תקכ"ו בתינוק שמת בתוך ל' ליכא אנינות ואבלות ובכל זאת איכא מצוה לקברו י"ל דמיירי במת לו מת שהי' בתוך ל' דליכא אנינות וחייב במצות. גם י"ל במת לו מת קרובו שאינו מ"ז המתים שחייבים להתאבל עליהם ובכל זאת אם אין לו מי שיתאבל עליו ואין לו גואל קרוב ממנו שאר קרובים חייבים להתעסק בקבורתו ועיין ברש"י שפי' ושמע שמת לו מת, שכ' מת לו מת קרובו, וכן הי' במשאל ואלצפון שלוש משה שיתעסקו בנדב ואביהו שהיו קרובים ונתחייבו בקבורתם ומצאתי ברבנו יונה בר"פ מי שמתו ובחידושי רשב"א שם שהביאו י"א שסוברים דאונן חייב בכל המצות רק מק"ש ותפלה ותפילין פטור ואין גורסים פטור מכל המצות ורבינו יונה שם חולק עליהם, ועיין בנב"י מה"ק בא"ח תשו' כ"ז שאונן חייב בספירת עומר משום שמצוה זו נוגעת אחר הקבורה ימים רבים חייב באכילות ע"ש לפ"ז י"ל ה"ה דחייב אונן בבדיקת חמץ בליל י"ד דאם לא יבדוק יהי' לו חמץ בביתו כל פסח אחר הקבורה ויעבור, אם לא שנחלק בספירת עומר הוה ודאי שאם לא יספור לילה אחת שוב לא יכול לספור כל הימים בברכה, אבל בחמץ איכו אלא ספק שמא יהי' לו חמץ כשלא יבדוק:

והנה לעיל כתבתי בתינוק שמת בתוך ל' ולא ידעי' שכלו לו חדשיו ליכא אנינות עיין בברכי יוסף כאן אות א' שהוכיח כן מהירושלמי סוף פרק נושאין על האנוסה

דליכא

דליכא גביה דין אנינות ועיין גם הב"ח בסימן שכ"ג, ועיינתי בב"ח שם ולא מצאתי שכ' בהדי' כן, רק כ' בלא ידעינן שכלו לו חדשיו ומת בתוך ל' א"צ קבורה אלא מטילין אותו לבור ע"ש ולפמ"ש המג"א סי' תקכ"ו סק"כ דנפל צריך קבורה היה מקום לומר דיש אנינות, ויש לתלות זאת בפלוגתא דרשב"ג ות"ק בתוספתא פרק ע"ז דאהלות דלת"ק יש תפיסה לנפלים בקבריהם ולרשב"ג אין להם תפיסה, דלת"ק צריכים נפלים קבורה ונחשבו כשאר מתים לכן יש להם תפיסה בקבריהם, ולרשב"ג א"צ קבורה וכן כ' הר"ש במס' אהלות בסוף פרק ע"ז עש"ה ובסנהדרין מ"ח אסקינן לאפוקי מדרשב"ג מוכח דהלכה כת"ק, ובזה י"ל ברייתא דתורת כהנים שמביא המג"א שם אתי כרשב"ג וכיון דליכא מצוה לקברו אסור לכהנים לטמא להם, ובנדה דף כ"ז דאמרינן דכותים מש"ה אין קוברין הנפלים משום דדרשו לא תסיג גבול רעיך דרשו כרשב"ג שהנפלים אין להם תפיסה בקברים, ואנן כת"ק דרשב"ג, אך אף המג"א כ' דהטלה לבור היא קבורתם ע"ש וכיון דבירושלמי בר"פ מי שמתו מבואר טעמא דאנינות משום כבוד המת, או שיהי' לו שעות לעסוק בצרכי קבורתו ע"ש וזה ליתא בנפלים דדי בהטלה לבור בלי ארון ותכריכין ושאר צרכי קבורה י"ל דליכא אנינות, והנה בירושלמי ס"פ נושאין על האנוסה מקשה מר' חייה א"כ יהא דלר' יסא בספק נפל ליכא אנינות ור' חייה מחייב ומתרצינן דר"ח איירי בידעינן שכלו לו חדשיו וע"ש במראה הפנים ד"ה סימן היה לו שדבריו אין להם שחר שפי' שמקשה א"כ יהא אמאי פוטר בידעינן שכלו לו חדשיו ע"ש ובאמת איירי ר' יסא בלא כלו לו חדשיו, גם יש לעיין על הירושלמי הלא יש לתרץ דבספק נפל לא פטרינן ממצות משום דאין ספק מוציא מידי ודאי חיוב, אבל לענין אי' בשר ויין ותשמיש ורחיצה י"ל דאסרינן מספק ור' חייה קאי אאי' בשר ויין ותשמיש ור' יסא קאי לענין לפטרו ממצות, ועיין בתוס' בברכות ע"ז ע"ב שכ' כיון דאנינות במקצת דברים מדאורי' ראוי להחמיר אף בדברים שאסרו חז"ל ע"ש ועיין ביבמות במשנה דף ק' שם תני אם היו שניהם כהנים הם אוננים עליו והוא אונן עליהם לכאורה מבואר דאף דכל אחד ספק הוא בכל זאת הם אוננים מספק, אך ע"ש ברש"י ובפי' המשניות לרמב"ם שם דרק לענין אכילת קדשים ומע"ש דאסורים מדאוריתא מחמרינן מספק ולא לשאר דברים, וראיתי ברמב"ן בתה"א בחלק ענין האבלות שכ' הא דא"צ להתאבל על מי שמת תוך ל' ללידתו לא משום ספק דבריהם לקולא, אלא שכל ספק בן קיימא אין לבו של אדם דוה עליו ולא מקיים ביה ואחריתו כיום מר הלכך אין מתאבלין עליו ע"ש לפ"ז בספק בן ט' לראשון דהמות ודאי צ"ק צריכים הספקות להיות אוננים ולהתאבל לכל מילי ולא דוקא לאכילת קדשים והרמב"ן שם מביא ברייתא דמס' שמחות פרק ד' בספק שהוא אחיו או אינו אחיו מתאבל ואונן עליו ע"ש:

ועיין בתוספתא י"ט בפ"ח דפסחים משנה ו' שכ' באם יום המיתה ויום הקבורה ביום אחד אז נשאר אנינות דאורייתא כל היום אף לאחר הקבורה עש"ה וק' עליו הלא אחר הקבורה חייב האבל מיד בכל המצות חוץ מתפילין ומותר בבשר ויין, ועיין בחכם צבי סימן א' שכ' בהחלט דאונן רק פטור ממצות אבל נצטוה על כל איסורים אף על כל איסורי דרבנן ע"ש וקשה לי מברכות דף י"ז דאמרינן שם דאונן אינו מברך ברכת המוציא הלא בברכות ל"ה אמרינן דסברא הוא דצריכין לברך דאסור להנות מעה"ז בלא ברכה ע"ש מבואר דמי שאוכל בלא ברכה עבד איסורא והלא על איסורים אף על איסורי דרבנן האונן מצווה, וע"ש בח"צ שמקשה כיון דאונן פטור מכל המצות הלא כשמת אחיו הוא ואשת אחיו הם אוננים ופטורים ממצות יבום וכיון דבשעת נפילה לא שייך יבמה יבא עליה שוב לא יבנה עוד לעולם ע"ש. ולק"מ דמה"ת אונן חייב במצות רק דאסור בקדשים ומע"ש מה"ת ורבנן אמרו שפטור משום כבודו של מת כמבואר בתוס' ברכות ע"ז ע"ב ושפיר שייך מן התורה יבמה יבא עליה בשעת נפילה, שנית לפמ"ש מהרש"ל סי' ע' דאונן חייב במצות מקריות רק מצות שחייבים בכל יום פטור ה"נ במצות יבום חייב:

והנה בירושלמי ר"פ מי שמתו יהיב שני טעמים למה פטרו חז"ל אונן ממצות, חד טעמא מפני כבודו של מת, ושני מפני שאין לו מי שישא משאו ע"ש ויש לעיין ממתניתין דסנהדרין דף מ"ו בהרוגי ב"ד לא היו מתאבלין אבל אוננין וכ' רש"י שם לא היו מתאבלין עליהן כדי שיהי' בזיונן כפרה להם אלא אוננין בלבד דאין זה כבוד להרוג ע"ש והלא להירושלמי כל אנינות רק משום כבודו של מת ויש באנינות כבוד להרוג, ואף לטעם שני של הירושלמי משום שאין לו מי שישא משאו קשה דבהרוגי ב"ד שנקברין בבה"ק שהיו מתוקנים להרוגי ב"ד ודאי לא היו הקרובים עוסקים בצרכי קבורתם כ"א שלוחי ב"ד והוה כיש לו מי שישא משאו ולית לן טעם על אנינות בהרוגי ב"ד, ודוחק לפרש כמו במשנה יבמות דף ק' בהיו ב' כהנים הם אוננים עליו שפי' רש"י שם שאסור לאכול בקדשים וכן פירש הרמב"ם שם, חדא דשם תני בהיו ב' כהנים שאוכלים בקדשים וכאן לא קאי אכהנים כ"א על כל קרובי ההרוג, ועוד זאת לשון המשנה שאין אנינות אלא בלב לא משמע הכי ומרש"י שם ודאי לא נראה כן וכן מרמב"ם פי"ג מה' סנהדרין הלכה ו' ע"ש גם קשה לי על הירושלמי שם שמקשה מברייתא דאונן פטור מתקיעת שופר הלא בי"ט ליכא אנינות ע"ש ומאי קושי' הלא בגילה ר' אמר כבא מת בי"ט

שני יתעסקו בו ישראל ואף בי"ט שני של ר"ה די"ט שני לגבי מת כחול שוי' רבנן ע"ש ומאי קושי' הלא י"ל בי"ט שני של ר"ה דגם בארץ ישראל עושין ב' ימים של ר"ה וכיון דכחול שוי' רבנן יש בו אנינות ופטור מתק"ש ולעולם י"ל בשבת ובי"ט ראשון חייב במצות, ועיין בשערי דיעה על ה' אבלות כאן סק"א שכ' שם בשמי שמתה אשתו בר"ה שחרית כיון דאין קוברין כ"א אחר חצות, שהאבלים יתפללו כדרכם ע"ש מלשונו משמע שהי' ב' דר"ה. ואמאי הורה כן הלא לגבי מת כחול שוי' רבנן ואף דהקבורה לא תהי' קודם חצות הלא הקרובים צריכין להכין כל צרכי הקבורה כיון שמתה בשחרית ופטורים ממצות:

ועיין בנב"י תנינא חלק י"ד סי' רי"ב שמתיר לאונן לאכול רוטב של בשר ע"ש ועיין במג"א סי' תקנ"א ס"ק כ"ט דשומן של בשר הוא כבשר עצמו ואסור לאכול תבשיל שיש בו שומן של בשר ע"ש מה דינו של שומן בשר לגבי אנינות, ויש לאמר דבאנינות הטעם שאסור בבשר ויין שלא ימשוך אחרי סעודתו ויבטל מלעסוק בצרכי קבורה וטעם זה שייך רק בבשר ממש ולא בתבשיל שיש בו שומן של בשר, וע"ש סעי' יו"ד דגם בשר עוף אסור והכא לא נאמר בפירש דגם בשר עוף אסור וסתם בשר הוא בשר בהמה, עיין רש"י בתענית דף ל' דכ' בשר אחר ב' וג' ימים נפסל טעמו ואינו קרוי עוד בשר ומותר ע"ש:

ועיין בפרי מגדים בפתיחה כוללת חלק ב' אות כ"ה שכ' דאונן כיון דאינו בעשה דתשביתו אינו עובר בבל יראה ע"ש ודבריו תמוהים וכי אשה דפטורה ממ"ע שהז"ג ופטורה מעשה דתשביתו פטורה מלאו דב"י וחמצה מותר לאחר הפסח אתמהה, אדרבה אם האשה תשהה חמצה ע"מ לבערו אף שכ' תוס' בפסחים כ"ט שאין עוברין בכה"ג דהוה לאו הנל"ע ע"ש באשה דגבה ליכא עשה י"ל דגם בכה"ג עוברת דאצלה לא הוה נל"ע, ואונן אם משהה חמצו עד אחר אנינותו אינו עובר דאז יתחייב בעשה דתשביתו והוה לאו הנל"ע; ועיין שם באות כ"ט שכ' דאונן בר"ה שרוצה לקבור מתו ביום א' ע"י עכו"ם או ביום ב' ע"י עצמו יוכל להוציא אחרים בתק"ש דהוה עשה דרבים ע"ש ול"ע הלא בירושלמי בברכות ריש פ' מי שמתו מביא שם ברייתא מפורשת דאונן פטור מתקיעת שופר וכיון דאינו מחויב בדבר איך יוציא אחרים ידי חובתן:

ב' שם סעי' א' ובי"ט ראשון אם רוצה לקברו ע"י עממין יש אנינות, והנה בשבת אסור בכל אופן לקבור אף ע"י נכרים, ועיין בתוס' בב"ק דף פ' ע"ב ד"ה אומר לנכרי ועושה שהקשו לבה"ג שמתיר אמירה לנכרי משום מצוה ואמאי אסור לקבור בשבת ע"י נכרי ותירצו דבאמת מן הדין מותר אלא לפי שהוא מכוער ומגונה ומתביישים שנקבר בשבת שנעשה באיסור שבת אפילו ע"י נכרי ע"ש ולפי דבריהם קשה אמאי התירו בי"ט ראשון לקברו ע"י עממין, והנה לסמ"ג דכ' דאמירה לנכרי בשבת הוא דאוריי' מדכתיב לא יעשה י"ל חמור אמירה לנכרי בשבת מאמירה לנכרי בי"ט,[ד] ולהנך ראשונים שמתירים להחם חמין ולרחוץ המת בי"ט ראשון וכן להוציאו לבה"ק משום מתוך דהמצוה נקראת צורך קצת עיין ברא"ש ובר"ן בביצה דף ו' ע"ש י"ל דבשבת ליכא מתוך ויצטרכו לעשות הכל ע"י נכרים יש בזיון גדול למת, משא"כ בי"ט א' דגם ישראלים מתעסקים עמו ליכא בזיון כל כך, אך עיין ברמב"ן בשבת דף קל"ט ובר"ן ביצה ו' שחולקים ע"ז דלא אמרינן מתוך במת וכל ההתעסקות צריך להיות ע"י נכרים בי"ט א' ואמאי חלקו בין שבת לי"ט ראשון, ומצאתי בחידושי ר"ן בשבת דף ל"ד דכ' דמש"ה אסרו בשבת ובי"ט לקבור המת ע"י עממין דלא אתי למיעבד ע"י ישראל ובי"ט ראשון שרו דלא חמור כולי האי ולא גזרו ביה כולי האי. כי היכא דלא לאשתהי תרי יומא דאין ראוי לשהותו למחר לקוברו ע"י ישראל כיון דזה י"ט וזה י"ט דהוה ליה כמכוון מלאכתו לאותו יום וכמחלל עליו י"ט שני עש"ה והנה הא דחיישינן דבשבת יתעסקו בו ישראלים י"ל ע"פ מאי דאמרינן בשבת דף מ"ד אדם בהול על מתו ויבא לידי כיבוי ע"ש בתוס' ד"ה מתוך שבהול על מתו מצטער ביותר האדם מגודל צערו שלא יוכל להתעסק במתו ולקברו יכבה בשבת במזיד ע"ש ה"נ חיישינן שיתעסקו הקרובים בקבורתו, רק מה שכ' הר"ן דבי"ט צריכין להתיר בעממין דלא לאשתהי תרי יומא דאין ראוי לשהותו למחר דהוה כמכוון מלאכתו קשה להבין אם לא יתירו חכמים לקבור המת בי"ט א' ע"י עממין הלא הוה אנוס ואינו כמכוון מלאכתו ורק השתא שמותר לקברו ע"י עממין יש לאסור לשהותו בכונה למחר, ורש"י בשבת דף קל"ט כ' דבי"ט א' אם לא אשתהי אסור לקברו בי"ט א' ומניחים המת למחר ע"ש ועיין בתשו' מנחם עזרי' תשו' ע"ז שכ' אם היה אפשר לקבור המת בי"ט א' אסור לקברו בי"ט ב' ע"י ישראל רק ע"י עממין ע"ש וזה דוקא כיון דמותר לקברו בי"ט א' והוא ברצונו משהא המת למחר, ואף בכה"ג אין הסברא כן ולא נמצא הדין בפוסקים, דנהי דלכתחלה אין להשהותו לי"ט ב' אבל אם שהה למה לא נתיר לקברו הלא י"ט ב' לגבי מת כחול שוי' רבנן, ורק מה"ט י"ל דהתירו בי"ט א' חדא משום די"ט אינו אלא בלאו, שנית משום דהרבה פעמים חל י"ט א' או בע"ש או ביום א' ואז יסריח המת כשישתהא ב' ימים רצופים וכיון שהוצרכו להתיר בכה"ג התירו לגמרי משום לא פלוג בכל י"ט א' ע"י עממין, ולפ"ז י"ל הא דלא התירו חז"ל בשבת וביה"כ ע"י עממין, דאי הוה יום קבורה הי' נוהג אנינות בו כמו דיש אנינות בי"ט

א' כשקוברין ע"י עממין וכל הקרובים הי' אסורים בבשר ויין ופטורים מכל המצות והלא כתיב בשבת וקראת לשבת עונג להתענג בבשר ויין, וביה"כ נאמר כי קדוש היום לאדונינו לעסוק בכל יום במצות ובעבודת ה' וכן השבת מעותד לזה לכן לא התירו לקבור מתים בשבת ויה"כ וליכא אנינות בימים הללו, ורק בי"ט ראשון הוכרחו להתיר משום שלא ישתהא המת ב' ימים זא"ז, ובזה ניחא דלא יקשה מר"ה דף ל"ב דאסור לעלות באילן ולפקח הגל משום עשה דתק"ש די"ט הוא עשה ול"ת וכ' הר"ן שם אע"ג דאינו אלא שבות עשו חז"ל חיזוק לדבריהם כשל תורה בשב וא"ת ע"ש ואמאי התירו שבות דאמירה לנכרי בי"ט משום קבורת המת ועיין במג"א סי' תמ"ו ס"ק שכ' בחמץ שלא ביטלו אע"ג דהוה בעשה ול"ת אסור לטלטלו משום איסר מוקצה ומביא שם בשם רש"י והרי"ף דאין עשה ול"ת דוחה לעשה ול"ת די"ט ועוד זאת לא הוה נטילת חמץ ושופר בעידנא אף דהלקיחה היא לצורך קיום עשה ע"ש ה"נ נהי דהוה בקבורת מת עשה דקבור תקברנו ביום ההוא ול"ת לאו דלא תלין אמאי התירו ע"י עממין בי"ט א' דהוה עשה ול"ת ועשית תכריכין וארון לא הוה בעידנא אף דהוה הכנה לקבורה, אע"כ כמ"ש דהוכרחו להתיר שלא ישתהא המת ב' ימים זא"ז ויסרח ויתנוול, בפרט לרש"י דרק באשתהי התירו בי"ט א' ע"י עממין, והנה למר זוטרא גם בי"ט שני לא התירו רק באשתהי, אך לר' אשי קשה דמתיר בי"ט ב' אף בלא אשתהי, וצ"ל משום כבוד הבריות התירו כמבואר בשבת דף צ"ד דהתירו להוציא המת בשבת לכרמלית משום כבוד הבריות ועיין בברכות דף י"ט ע"ב דגדול כבוד הבריות שדוחה ל"ת שבתורה ע"ש וי"ל דפלוגתא דמר זוטרא ור' אשי הוה כפלוגתא דר' אלחנן ור"ת שהביאו התוס' בע"ז דף כ"ב לר' אלחנן חה"מ מדאורייתא ולר"ת רק מדרבנן ע"ש מר זוטרא סובר חה"מ מדאורי' וי"ט ב' מימים ראשונים של פסח וסוכות הלא הוה דאורייתא מלבד חה"מ, לכן מחמיר וסובר דרק באשתהי מתירין, ור"א סובר דחה"מ אינו אלא מדרבנן וכל י"ט שני אינו אלא דרבנן והם אמרו והם אמרו להתיר אף בלא אשתהי ועשאו י"ט ב' כחול דלגבי מת לא תיקנו י"ט שני כלל, ואנן קי"ל כר' אשי וקי"ל חה"מ רק מדרבנן, אך לפ"ז הי' קשה קושי' ר' אלחנן שם בתוס' בע"ז כ"ב ממועד קטן דף י"ב דר' אשי הוא שמחלק שם בין אבלות דרבנן לחה"מ דהוה מדאורייתא והלא ר' אשי בבילה דף ו' סובר חה"מ ג"כ רק מדרבנן:

ועיין בש"ע א"ח סי' תקמ"ח סעי' ה' דבמת בי"ט ראשון שנקבר ע"י עממין חל על הקרובים אנינות ע"ש וק' לי מירושלמי בברכות ר"פ מי שמתו דמקשה שם לטעמא דאין לו מי שישא משאו מברייתא דפטור מנטילת לולב ומוקי בחה"מ א"כ מקשה מתקיעת שופר דהוה בי"ט ומוקי במחשיך על התחום ע"ש ואמאי קושי' הלא בנקבר בי"ט א' ע"י עממין יש אנינות בי"ט כמו בחול דעבידין בקבורת המת, וע"ש במג"א סק"ח שמחלק דבליל י"ט חייב בכל המצות ורק ביום פטור ע"ש וק' לי לפי דבריו מאי הקשו תוס' סתירת הירושלמי בברכות י"ח דאמר כיון שמחשיך על התחום כנושא משא ופטור, ושם אמר בשבת מיסב ואוכל ומברך ע"ש ואמאי קושי' הלא י"ל מה שאמר בירושלמי בד"א בחול אבל בשבת מיסב ואוכל היינו בליל שבת דליכא אנינות כמו בי"ט דבי"ט איכא אנינות ובלילה מקדש, וע"ש במג"א שכ' אונן ברגל אסור בדברי תורה דאסור בשמחה ופקודי ה' משמחי לב ע"ש ול"ע הלא בבשר ויין מותר ואין שמחה אלא בבשר ויין, ודוד אמר יין ישמח לבב אנוש כמו שאמר פקודי ה' ישרים משמחי לב, ועיין בירושלמי ר"פ מי שמתו שאמר רשב"ג דחייבי' בשבת בכל המצות אם בחיי שעה התירו כ"ש בחיי עולם ופי' המפרש שם תורה ומצות ואמר שם ר"י בן פזי בשם ריב"ל הלכה כרשב"ג, ה"נ בי"ט אם חיי שעה התירו כ"ש שנתיר לעסוק בחיי עולם:

ג' שם בסעי' ה' בהג"ה וכ"ש שאסור בתשמיש המטה ראיתי שהביאו האחרונים בשם תשו' שאילת יעב"ץ ח"א סי' ס"ה שמותר לאשה לשמש בליל ש"ק כשמת לה אחותה הנשואה בעיר אחרת דיש לסמוך בזה על ר"ת שהתיר בכה"ג לאכול בשר ולשתות יין דצרכי קבורה מוטלים על בעלה ואין לבטל העונה ע"ש ועיין ברמ"א שם שמביא בשם י"א דקודם קבורה נוהגים כל דיני אבלות ע"ש לפ"ז נראה עד כאן לא התיר ר"ת אלא רק מה שנאסר מצד אנינות בלבד כגון בשר ויין דמותר לאבל אחר הקבורה אבל מה שאסור גם מצד אבלות כגון תשמיש המטה גם לר"ת אסור קודם קבורה דבהי דליכא אנינות אבל אבלות יש באחותו הנשואה לכ"ע ומשעת מיתה הוא התחלת האבלות רק דהתירו בנעילת הסנדל עד הקבורה משום שצריך לצאת לחוץ להכין צרכי קבורה, לפ"ז אין להתיר לאשה שמתה אחותה נשואה בעיר אחרת לשמש מטה בליל ש"ק דזה גם לר"ת אסור:

סימן שמ"ב

א' סעי' א' מכניסין המת לחדר ואת החתן ואת הכלה לחופה ובועל בעילת מצוה ופורש ע"ש יש לעיין למה התירו לבעול לאונן דאסור בתשמיש המטה, הלא כל הטעם משום פסידא דסעודה משום דליכא מי שיכין עוד הפעם, והי' די להתיר החופה לבדה, דהא באה"ע סי' ס"ד סעי' ה' פסק הש"ע בבתולה החופה לבדה קונה בלא ביאה וכיון שקנאה בחופה חלים ימי ז' של משתה מיד, ואף שהש"ע שם סי' ס"א סעי' א' פוסק כרמב"ם דבעי

חופה הראוי לביאה וחופת נדה לא קני' ויש לאמר דמש"ה הוצרכו חז"ל להתיר הביאה באנינות דאי הי' אסור לבעול החופה אינה ראוי' לביאה ולא קני', אך לפ"ז די כשמותר לבעול אף דלא בעל דהוה החופה ראוי' לביאה ולמה תני בברייתא ובועל בעילת מצוה ופורש הי' לו ליתני ומותר לבעול בעילת מצוה, ומכל זה יש להביא ראי' להב"ח והפרישה כאן שכתבו דמיירי באלמנה או בבעולה דאל"ה למה לנו השימור הלא לפמ"ש הרא"ש בכתובות דף ד' סי' ע' אין צריכים שימור בבעל בתולה ופירש דדם בתולים כדם נדה חמירא ליה ע"ש ומש"ה צריך דוקא לבעול לפי המבואר באה"ע סי' ס"ד סעי' ה' דבאלמנה לא קני' חופה אלא ביאה וע"ש בב"ש סק"ו שמחליט כיון דחופה בעי ראוי לביאה, צריכין באלמנה ביאה ממש כתשו' מהרי"ל ושאר פוסקים וע"ש בחלקת מחוקק שמביא בשם הב"ח דבעי באלמנה ביאה ממש ואזל הב"ח לשיטתו בזה, אך כל זה לפי' רש"י בכתובות דף ד' שפירש שפורש וקובר מיד י"ל דקאי באלמנה, אבל לתוס' שם ד"ה בועל שפירשו בועל ופורש משום דם בתולים אי אפשר לאוקמי באלמנה או בבעולה כ"א בבתולה דלא כב"ח ופרישה, גם תירץ השני של הב"ח שתירץ ביש לו אשה אחרת ע"ש תירוץ זה אין לו שחר הלא תני הוא ישן בין האנשים והיא ישנה בין הנשים אלמא דקאי על הכלה ולא על אשה השני' וקשה קושי' הב"ח והפרישה לתוס', והיה ראי' מכאן לשיטת הרמ"ה שהביא הרא"ש בכתובות שם דמצד דם בתולים צריכין שימור דמשום קלות האיסור יש לחוש שיזלזל ויבא עליה ולא דמי לפרסה נדה, ובזה יש מקום לתרץ קושי' תוס' בכתובות ד' ד"ה אבל דברים שהקשו לרב ושמואל במ"ק דף כ"ד דסוברים דאינו נוהג דברים שבצנעא קשה מברייתא ע"ש די"ל דבזה גופא פליגו רב ושמואל ור' יוחנן שם, רב ושמואל כרמ"ה ס"ל ומפרשי בברייתא דהוא ישן כל הימים בין האנשים משום דבעל ופירש יש לחוש שיבא עליה דדם בתולים קילא בעיניו ואחר ז' ימים יבואו ימי אבל ואבלות זו דהקילו חז"ל גבי' יזלזלו בה לכן צריכין שימור עד עבור ימי האבל, והגמ' דאמרה מסעי' לר' יוחנן דדברים שבצנעא נוהגים סוברת כש' הרא"ש דדם בתולים א"צ שימור ומוכח כר' יוחנן, והנה מצאתי בר' ירוחם חלק חוה נתיב כ"ב חלק ב' שכ' וז"ל ואם כנס כבר ולא בעל עדיין ומת באותו היום אחר הנשואין שברכו כבר מת אחד מקרוביו של חתן לא אביו יש מפרשים שנוהג ימי משתה ואח"כ ז' ימי אבלות ולא יבעול עד שעברו ז' ימי המשתה וז' ימי אבל דלא דמי למת אביו של חתן או אמה של כלה קודם החופה דהתם הוה האבלות קודם ולא אלימא האי שמחה לחייבו ז' ימי המשתה עד שיבעל לפיכך בועל שיחולו ז' ימי המשתה, אבל כאן שכבר נשא כבר חלה שמחה עליו בלא בעילה כך

כתב הרי"ץ גיאות והר"ר דוד הכהן, והרא"ש הורה הלכה למעשה שינהג אבלות תחלה דלא חלה עליו שמחה עד שיבעל מאחר שאינו אביו המת אלא שאר קרובים ע"ש נראה מדבריו דההכנה אינה רק ליום החופה כ"א לכל ז' ימי המשתה ובלא ז' ימי המשתה אף אם נעשה החופה והסעודה של נשואין עדיין יש לחוש להפסד גדול אם יבואו ז' ימי משתה אחרי ז' ימי האבל דאז כבר נפסד מה שהכינו לז' ימי משתה ואין כאן מי שיכין מחדש לז' ימי משתה, ועיין בש"ך סק"א כאן שכ' דלא כב"ח אף אם לא הכין רק מקצת מאכלים ומקצת תכשיטים דלא מתקיימי חיישינן לפסידא, וכל זמן שלא בעל בעילת מצוה ליכא שמחה לחוג ז' ימי משתה לכן התירו לכנוס לחופה ולבעול שיחוג מיד ז' ימי המשתה ואח"כ ימי אבל, וסוברים הרי"ץ גיאות והרד"ך לחלק דרק במת אביו קודם לחופה שקדמה האבלות אז צריכין לבעילה להסיר התוגה והיגון שתתחיל השמחה אבל אם קדמה חופה למיתה כבר חלה השמחה ע"י החופה לבדה וא"צ לבעילה, והרא"ש סובר דבכל אופן אין שמחה בלא בעילה, וכשמת אביו של חתן או אמה של כלה מתירין לבעול אף כשמתו אחר החופה שיחולו ז' ימי המשתה, משא"כ כשמת א' משאר קרובים אין מתירין לבעול ובלא בעילה ליכא שמחה ולא ז' ימי משתה כי אם בתחלה ז' ימי אבל ואח"כ ז' ימי משתה, ולפ"ז מה שכתב הט"ז כאן בבתולה שנשאת בליל שבת ולא נבעלה וביום שבת מתה אמה של כלה שאסור לבעול ע"ש ליתא כי אם מתירין לבעול כדמפורש בהרא"ש שתחול השמחה וז' ימי משתה תחלה, ורק בשאר קרובים אין מתירין לבעול וממילא ז' ימי אבל קדמו, ולרי"ץ גיאות ולרד"ך אף בשאר קרובים אף בלא בעילה קדמו ז' ימי משתה:

ועיין בדרישה אות ד' דאם אחר שכינסו לאם הכלה מת א' מקרובי החתן או הכלה קוברין המת וז' ימי משתה הם תחלה דהכינסו היא החופה ע"ש הוא כהרי"ץ גיאות והרד"ך אם אנו מחשבין הכינסו לחופה, אך עיין בדג"מ דכינסו שלנו דהוה בלי חתן לא הוה כחופה והיתה המיתה קודם החופה ובעי דוקא אביו או אמה:

ועיין בלבוש כאן שכ' כיון דמכניסין את המת לחדר ואין מתעסקין בצרכי קבורתו גם אנינות אינו חל ורק אחר שכנס ובעל אז יתעסקו בצרכי קבורתו תחול האנינות ע"ש וזהו נגד הראשונים, תוס' בכתובות ד' ד"ה ובועל כ' דהשתא הקילו באנינות דאורייתא טפי מבאבלות דרבנן ע"ש והרא"ש שם כ' דהפקיעו חכמים דבריהם שאסרו אונן בתשמיש המטה והתירו לו שמחת חופה וביאה וכ"כ כל הראשונים, ורק משום פסידא הקילו:

ב' שם סעי' א' ונוהג ז' ימי משתה, עיין בהגהות רע"א על הש"ע מביא שהכה"ג בשם

תשו' עדות ביעקב שאם פגע רגל בתוך ז' ימי המשתה שמפסיק ליה גזרת שבעה והוא תמה עליו הלא עדיין לא חלה האבלות ואין רגל מבטל ע"ש שסיים וצ"ע לדינא, ולא הבנתי דבריו, הלא בש"ע סימן של"ט סעי' א' מבואר דאפילו לא נהג אלא דברים שבצנעא כגון ששמע שמועה קרובה בשבת ערב הרגל שאינו נוהג אלא דברים שבצנעא הרגל מפסיק ע"ש וכיון דבז' ימי המשתה דברים שבצנעא נוהג כמבואר כאן בסי' שמ"ב למה לא יפסיק הרגל האבלות כמו שפסק בעל עדות ביעקב ותורה שם בישראל:

סימן שד"מ

א' סעי' א' עיין בט"ז סק"א שה"ק על שהתירו להוסיף קלת מה לי שקר מעט מה לי שקר הרבה ע"ש ונראה עפ"י מה שאמר הנביא מיכה מה ה' אלהיך שואל מעמך הצנע לכת עם אלהיך, ואמרו לעולם יהא אדם ירא שמים בסתר, ואמרינן כיון דעשה בפרהסי' מעט שתמא עשה בצנעא ובסתר הרבה דברים טובים ואין כאן שקר, ועוד זאת הלא תעודת אדם שיהלוך ממדרגה למדרגה ולא ישאר במדרגה אחת הבל כל אדם נצב סלה ואמרינן אם הי' נשאר בחיים ואולי היה עולה למדרגה יותר גבוה והיתה מחשבתו לעלות ולהוסיף על מדותיו הטובות, והשי"ת מצרף מחשבה טובה למעשה ועוד זאת הלא מיתה מכפרת עונותיו של אדם וכתמעטו עונותיו וזכיותיו נשארו ומוסיפים כמו שהוא עתה, וגם הלא אמרו חז"ל מותר לשנות מפני דרכי שלום וכיון דקרובי המת מקפידים על הספדן שירבה בשבח המת מותר לו להוסיף קלת מפני דרכי שלום:

ב' שם סעי' יוד מי שצוה שלא יספדוהו שומעין לו, עיין בפתחי תשובה שמביא בשם תשו' בית יעקב שאם ת"ח גדול צוה שלא להספידו המיקל להספידו לא הפסיד ע"ש ונראה עפ"י מה שכ' הש"ך סק"א דמש"ה מצוה להספיד ולהרים קולו לעורר בכי משום דהמוריד דמעות על אדם כשר הקב"ה סופרן ומניחן בבית גנזיו והמתעצל בהספדו אינו מאריך ימים ע"ש לפ"ז ההספד בהרמת קול הוא לטובת הכלל לעורר אותם לבכי שלא יתקצרו ימיהם, ואף שהת"ח מגודל ענותו מחל על כבודו בכל זאת יספידו אותו לזכות את הרבים:

ג' שם בהג"ה בסעי' יוד עיין בשבות יעקב ח"ב תשו' ק"ב שחולק על פסק הרמ"א שפוסק שמי שצוה שלא להתאבל עליו ז' ול' אין שומעין לו, והוא פסק דשומעין לו דאבלות מכל יקרא דשכבא הוא, ומביא ראי' ממאבד עצמו לדעת דאין מתאבלין עליו ע"ש והנה במאבד עצמו עיין בש"ך בסי' שמ"ה סק"ב בשם הרמב"ן שהקרובים קורעין ומתאבלין עליו רק שאחרים לא יקרעו ע"ש ויש לעיין על הש"ך שמביא הרמב"ן לפסק הלכה הלא י"ל שהרמב"ן אזל בזה לשיטתו שפוסק כהרי"ף והגאונים דאבלות יום ראשון דאורייתא לכן אין להקל במאבד עצמו לדעת בדאורייתא, אבל לדידן דפסקינן בש"ע סי' של"ט סעי' י"ג כהר"ת והרא"ש דכל אבלות רק מדרבנן י"ל דגם הקרובים יקילו ולא יתאבלו, והנה לדעת הרי"ף והרמב"ם והגאונים והרמב"ן שפוסקים אבלות יום א' מדאורי' הדעת נוטה שלא לשמוע להמצוה שלא להתאבל, ולראב"ד הביאו הרמב"ן בתה"א גזרת שלשים גיהו"ץ ותספורת מדאוריתא הוה ע"ש ורק לדידן דקי"ל דכל אבלות רק מדרבנן יש לאמר כשבות יעקב לשמוע לו, ועיין בש"ע יו"ד סימן ר"מ סעי' ע"ו דאם האב מצוה לבנו לעבור על מצוה דרבנן אין שומעין לו והא עכ"פ מדרבנן מצוה להתאבל ואיך ישמע לו, אך השבות יעקב סובר דכל המצוה היא רק משום יקרא דשכבא ושם בי"ד סי' ר"מ מבואר דהאב יכול למחול על כבודו, אך עיין בפתחי תשובה שם סי' ע"ז שמביא בשם הרדב"ז תשו' קכ"ד דאם האב או האם מחלו על כבודם אף דליכא עונש מ"מ מצוה איכא לכבדם ע"ש לפ"ז יש לחלק אם האב או האם צוה קודם מותם לבנם שא"צ להתאבל עליהם שהם מוחלים על כבודם, אז בכל זאת מצוה על בנם להתאבל דמצד מצוה צריך לכבד אבותיו אף שמחלו, אבל בשאר קרובים שמחלו א"צ להתאבל לשבות יעקב, ואם אמרו לו שהם מוחים לו שאינו רשאי להתאבל אז לא יתאבל שחייב לשמוע לדבריהם, והיכא דפטורין מאבלות יש לעיין אם רשאין להחמיר די"ל דהוה חומרא דאתי' לידי קולא שע"י אבלותו אינו מניח תפילין ביום ראשון ומבטל מת"ת ז' ימים ובשבת נוהג דברים שבצנעא ומבטל העונה שמחויב לקיים ואם אין לו מנין בביתו מבטל להתפלל בעשרה:

ד' שם סעי' ט"ז בש"ך ס"ק י"א כ' דאף חוץ לד' אמות אסור בד"ת ועיין בשערי דיעה שמביא בשם הגאון מהרא"ו שתמה על הש"ך מירושלמי ברכות פרק מי שמתו סוף הלכה א' שם מפורש דחוץ לד"א שרי בד"ת, דר' יוחנן שאל לר' ינאי קומי ערסא דר"ש בן יהוצדק ומתרצינן שם כד הוי רחוק עש"ה, וי"ל עפמ"ש המרדכי בסוף מועד קטן הביאו הב"י כאן דלרישנא קמא אסור בכל החדר שהמת מונח בו ומפרש הב"י דכל החדר חשוב כד' אמות ע"ש לפ"ז י"ל הירושלמי קאי אמת שלא הי' מונח בחדר כ"א תחת אויר הרקיע ושם רק בד' אמות של המת אסור כמו בבית הקברות דאסרין רק בד' אמות וחוץ לד' אמות מותר, אבל כשהמת מונח בחדר אז כל החדר כד"א ואסור אפילו חוץ לד"א, ומה שתמה הד"מ שם אות ו' על הב"י דאין כוונת המרדכי משום דהחדר כד"א, רק דללישנא קמא אף חוץ לד"א אסור ע"ש ועפמ"ש לא קשה דהרי מוכח מהירושלמי דחוץ לד"א מותר ועכצ"ל דטעמו של המרדכי

המרדכי לכל החדר חשוב כד"א כמ"ש הב"י, ועל קושי' הב"י למה דוקא לנ"ק אוסר המרדכי ע"ש י"ל דללישנא בתרא אסור לדבר אף מילי דעלמא וזה הוא דבר שאי אפשר לשמור עצמו שלא לדבר שום דיבור לכן לא מחמרינן רק בד"א, אבל לנ"ק דרק בד"ת אסור ומילי דעלמא מותר אסרינן בכל החדר דבקל יכולין לשמור שלא לדבר בד"ת:

סימן שמ"ה

א' סעי' א' עיין בש"ך סק"ב שכ' דמשולחן ערוך משמע דאין להתאבל על מאבד עצמו לדעת, אכן בטור בשם רמב"ן מבואר דמתאבלין ז' ול' ע"ש ונראה מדבריו שפוסק כהרמב"ן שיש להתאבל, ולא אדע למה הלא הרי"ף והרא"ש בפ' אלו מגלחין סי' קמ"א מחליטין שאין לעשות שום דבר ליקרא דשכבא ולא מחלקי בין קרובים לרחוקים, והרמב"ם פרק א' מאבל כ' שאין להתאבל, ור' ירוחם נתיב כ"ח ח"ב כ' בפירש דאין מתאבלין וכן האור זרוע, והוא הרמב"ן יחיד נגד כל הני רבוותא והלכה כדברי המיקל באבל אף ביחיד נגד רבים וכ"ש היכא דרבים מקילין ורק יחיד מחמיר, והנה אפשר דיש לתלות פלוגתא זו בפלוגתא דר' ישמעאל ור' עקיבא בברייתא דמס' שמחות פרק ב' ר' ישמעאל אומר קורין עליו הוי נטלה אמר לו ר"ע הנח לו בסתמא אל תכבדהו ואל תקללהו ע"ש ועיין ברש"י בסנהדרין דף מ"ו ריש ע"ב בהרוגי ב"ד, בד"ה ולא היו מתאבלין עליהם כדי שיהי' בזיונן כפרה להם מבואר דאם אין מתאבלין הוה בזיון למת, לפ"ז ר' ישמעאל שסובר שמבזין אותו אין להתאבל עליו, משא"כ לר"ע דאמר שאין לבזותו יש לאמר שמתאבלין עליו שלא לבזותו, ואחר שאמרתי כן מנפשי העיר ה' עיני ומצאתי שכוונתי לדעת אמ"ו השכב"ה בעל ח"ס בי"ד סי' שכ"ו שתולה בפלוגתא דר"י ור"ע וכו' שם אמ"ו וידוע דהלכה כר"ע מחברו ואתי' דברי הרמב"ן כהלכתא, ולא הבנתי הלא במועד קטן דף י"ט ע"ב ובכמה מקומות מבואר דהלכה כדברי המיקל באבל אף כיחיד נגד רבים, אף דבכל מקום יחיד ורבים הלכה כרבים, ה"נ י"ל אף דבכל מקום הלכה כר"ע מחברו באבלות הלכה כר' ישמעאל דמיקל באבל ולא כר"ע דמחמיר, וע"ש בתשו' זו שכ' אמ"ו לפרש הוי נטלא כלי חרס כמו נטלא בת רביעתא ע"ש והמעיין במס' שמחות שם כתיב נטלה ב"ה ולא ב"א, ולדעתי יש לפרש הוי שנטל נשמתו בעצמו ה' נתנה והי' להמתין עד שה' יקח אותה והוא נטלה בעצמו וזועקין עליו, ועיין ברמב"ם פרק ב' מה' אבל ה' ח' שכ' שאין הכהן רשאי לטמאות עצמו למאבד עצמו לדעת משום שאין מתאבלין עליו ע"ש לפ"ז אם נחמיר להתאבל עליו יצא מזה תקלה שיבואו אחיו הכהנים ויטמאו לו כשיראו שמתאבלים עליו ויבואו לידי איסור דאורייתא:

ועיין בברכי יוסף בשיורי ברכה אות א' שמביא בשם שבט יהודה אם ידעינן בודאי שחנק עצמו כגון שסגר הדלת מבפנים ונמצא חנוק אף שלא אמר שילך ויחנק עצמו נקרא מאבד עצמו לדעת ורק היכא דיש לאמר דאחרים חנקו אותו אינו נקרא מאבד עצמו לדעת ע"ש והנה בכה"ג אם יש ספק אם חנק עצמו או אחרים חנקו הי' לן לאמר ספק אבלות להקל דכל אבלות לדידן רק מדרבנן, גם יש לחוש שהכהנים יטמאו לו כשיראו שמתאבלין ובאי' דאורייתא הלא ספק לחומרא, וראיתי באמרי ברוך כאן שמביא תשו' מהרי"ו סי' קי"ד שכ' אע"ג דמוכחא מלתא שהוא עצמו המית עצמו אמרינן דרוח רעה מבעתתו ולא הוה מאבד עצמו לדעת עד שיאמר תחלה והגאון בעל א"ב מביא ראי' לדבריו ממס' שמחות פ"ב ממעשה בבנו של גורגוס בלוד דשם היה ודאי שהמית עצמו ואפ"ה אמרינן דלא הוה מאבד עצמו לדעת ע"ש והעלים עינו מהרא"ש פ' א"מ סימן קמ"א שמגיה בברייי' ואם היה קטן אין מונעין ממנו כלום וכ' הרא"ש מפני שהי' תינוק והוה כשלא לדעת בגדול ע"ש ומוכח משם להיפך, ויש להביא ראי' מלשון הברייתא במס' שמחות מצאוהו חנוק ותלוי באילן ה"ז בחזקת מאבד עצמו שלא לדעת ולפי מה שכ' השבט יהודה משום דחיישינן שמא אחר חנקו, נהי דאינו בחזקת מאבד עצמו לדעת אבל עדיין אינו בחזקת מאבד שלא לדעת דהא אפשר שחנק את עצמו אע"כ כמ"ש מהרי"ו דאף בכה"ג אם חנק את עצמו הוה מאבד עצמו שלא לדעת שנית איך אמר דהוה בחזקת מאבדעצמו שלא לדעת הלא כיון דתלינן שאחר חנקו ולא הוא בעצמו לא איבד עצמו כ"א נאבד ע"י אחר שלא מדעתו:

ועיין בתשו' שבות יעקב ח"ב בי"ד תשו' קי"א בשם מהר"ש יפה במדרש רבה סי' ס"ה שכ' אף מי שחייב מיתה אינו רשאי להמית עצמו והוה בכלל מאבד עצמו לדעת, והוא חולק עליו וכ' דאם חייב מיתה ועשה מחמת תשובה ודאי לא הוה מאבד עצמו ומביא ראי' מקדושין פ"א מר' חיי בר' אליעם ודבריו תמוהים הלא רש"י בקדושין דף פ"א שם ד"ה אנא חרותא כ' שם זונה ניכרת בעיר ע"ש וכי הבא על הזונה חייב מיתה הלא אינו אלא לאו לא תהי' קדשה, ובלא"ה ליכא ראי' מהתם הלא לא המית עצמו רק אמר שישב בתנור ועבד איכא דגזם ולא עבד, וע"ש שמביא בשם מהרי"ע בחידושיו לכתובות דף ק"ג שהכובס שהפיל עצמו עשה כן מחמת תשובה שחילל שבת והיה חייב סקילה וכ"כ בשיטה מקובצת שם בשם רבנו קלונימוס ע"ש ודבריהם תמוהים הלא בירושלמי מבואר שם ותלת לון יומא ופירש הפני משה שעמד להם השמש ונתאחר היום וכיון שלא שקעה השמש אף שהיה בכם לא היה שבת כ"א ערב שבת עד בין השמשות אחר שקיעת החמה ועוד זאת הלא אמרו ביומא דף פ"ה מוטב שיחלל שבת א' למען ישמר שבתות

הרבה

הרבה ואם ישאל במיתתו הלא ישמר שבתות הרבה, ובר מן דין איך אפשר שנחשב רציחה בעצמו שנאסרה מאת דמכם לנפשותיכם אדרוש לתשובה, תשובה היא מצות עשה והוה מצוה הבאה בעבירה ולאו מצוה היא, ואף דמיתה מכפרת דוקא מיתה בידי שמים אבל לא מי שירצח את עצמו, והדין עם בעל יפה תואר, ומה שאחז"ל חוץ משאול שהרג עצמו שלא יתעוללו בו פלשתים, התם היה ודאי שיתעוללו בו פלשתים אבל בספק שמא יתעוללו בו אין ספק מוציא מידי ודאי רציחה:

ויש לעיין במאבד עצמו לדעת אי יש אנינות דבש"ע לא הזכיר מזה, ולכאורה יש לתלות זאת בפלוגתא דרמב"ן ושאר ראשונים דלרמב"ן דהקרובים קורעין ומתאבלין עליו י"ל דגם אנינות איכא, אבל לאינך ראשונים דליכא שום אבלות י"ל גם אנינות ליכא, אך הלא בהרוגי ב"ד מצינו בסנהדרין מ"ז דליכא אבלות ואנינות איכא ולדעתי יש לתלות בב' טעמים של הירושלמי בברכות ר"פ מי שמתו אי האנינות משום כבודו של מת או משום שמוטלים לצרכי הקבורה על הקרובים ע"ש ועיין בתשו' רשב"א סי' תשמ"ג הביאו הש"ך כאן סק"א שכ' דאף דאין מתעסקין עמו לא לענין קבורה ותכריכין אמרו וכיון דמוטל על הקרובים קבורת המאבד יש אנינות לטעם שני דירושלמי, אבל אי הטעם משום כבוד המת במאבד עצמו אין לחוש לכבודו ויש להקשות לפ"ז על הירושלמי, שם שמקשה מאי כ"מ בין הטעמים למה לא מתרץ דכ"מ במאבד עצמו לדעת, והנה מלישנא דש"ע יש לדייק דיש אנינות במאבד עצמו לדעת דכ' בסעי' א' ואין מתאבלין עליו למה לא כתב אין אוננים הלא שם בסעי' ה' בפורשים מדרכי הצבור כ' בפירוש אין אוננים ואין מתאבלים וכאן לא כ' רק אין מתאבלין משמע דאנינות יש במאבד עצמו לדעת:

ולענין אמירת קדיש על מאבד עצמו לדעת יש לתלות ג"כ בפלוגתא דרמב"ן ושאר ראשונים לרמב"ן דמתאבלין עליו יש לאמר ג"כ קדיש עליו, ולאינך ראשונים דהקרובים לא יתאבלו כלל עליו לא יאמרו ג"כ קדיש עליו, ולפמ"ש הפני יהושע בב"מ דף כ"ט דאין לו חלק לעולם הבא ע"ש למה יאמרו קדיש עליו דאינו אלא לזכותו לעוה"ב ואין תועלת באמירת קדיש ונשאלתי באחד שאמר לפני אחרים שישתה סם המות ולקח סם המות ושתה ולא מת מיד כ"א חי עוד י"ד ימים ובתוך כך שכב על מטתו והרופאים אמרו שמת ע"י שתית סם המות רק משום שהי' טבעו חזק והיה גבור לכן לא מת מיד אם דינו כמאבד עצמו לדעת אף שלא מת מיד, והנה ממס' שמחות פ"ב שאמר אני עולה באילן ואפיל עצמי ועלה ונפל ומת, מזה משמע רק כשמת מיד אחר שהפיל עצמו נקרא מאבד עצמו לדעת אבל כששהה ימים רבים אחר עשה המעשה אף שהרופאים אומרים שמת ע"י זה מ"מ יש לחוש שמא ע"י סבה אחרת שנשתנה בתוך הזמן מת ודינו ככל אדם שאמר שיעלה לאילן או לגג ולא ראינו אותו עולה, או דהתם לא ראינו שעשה מעשה הממית וכאן ראינו ששתה סם המות רק שלא נדע אם מת ע"י שתיה זו, ועוד יש לאמר כשמת מיד כשהפיל עצמו ודאי לא עשה תשובה ונשאר בעונו הגדול שעבר על אך את דמכם לנפשותיכם אדרוש כמבואר בב"ק דף צ"א דדרש ר"א על מי שממית עצמו והאבן עזרא כ' בפירושו שם שפירש זה רחוק ממנו והעלים עינו מהגמ' דב"ק, אבל בנידן דידן ששכב על מטתו י"ד ימים הלא יש לאמר שעשה תשובה והתודה על עונו אשר עבר ואין לך דבר שעומד מפני התשובה לכן יש סברא לאמר שלא לבזותו ולנהוג עמו כאלו מת מעצמו:

ב' שם סעי' ו', עיין בדגול מרבבה שחולק על הש"ע, ואני מצאתי בתשו' תשב"ץ חלק ב' תשו' קל"ט בבן משומד שנולד לו בן מישראלית שמת אם אחיו שנולדו ביהודות חייבין להתאבל עליו כ' בהחלט דכל זמן שהוא קטן ודאי אחיו מתאבלין דהוא לא חטא רק אביו וקטן אוכל נבלות אין ב"ד מצווין להפרישו ואחיו הכהנים מתטמאין לו ע"ש דלא כמרדכי בסנהדרין פרק היו בודקין שמחלק בין קטן שנתגדל קצת ועובד ע"ז שאין להתאבל עליו ובין קטן שאינו יודע בין ימינו לשמאלו דחשוב כישראל ומתאבלין עליו, וכ' התשב"ץ שם ואם גדול הוא ומחזיק בשמדות אין מתאבלין עליו ואם מחזיק בדת משה בצנעא אין לך אונס גדול מזה ומתאבלין ע"ש מזה תראה שהתשב"ץ סובר בפשיטות כל זמן שהוא קטן כשמת כל קרוביו מתאבלין ורק כשנתגדל ומחזיק בשמדותו אין להתאבל עליו, ואם מחזיק בצנעא בתורה אונס הוא ומתאבלין עליו אף דבפרהסי' עובד ע"ז וקי"ל בע"ז יהרג ואל יעבור, אם אינו מוסר עצמו למיתה בכל זאת נקרא אונס, וזהו בזמנו שהי' הדת מי שהמיר וחזר לאמונתו אחת דתו להמית נקרא אנוס, אבל בזמננו שניתנה הדת שהמומר יכול לחזור לאמונתו אם ירצה, אם אינו חוזר לא אנוס הוא ואין להתאבל עליו, וע"ש בתשב"ץ שמביא הרמב"ם בפ"ג מה' ממרים ה"ג שכ' בני התועים האלה ובני בניהם שהדיחו אותם אבותם וגדלו אותם על דעתם הם כאנוסים אעפ"י ששמעו אח"כ שהם יהודים וראו היהודים ודתם הרי הם כאנוסים וכ' התשב"ץ והדבר צריך הכרע ע"ש ואפשר לחלק בין הנושאים, הרמב"ם קאי על אותן שכופרים בתורה שבע"פ ומחזיקים בתורה שבכתב, משא"כ בנידן דתשב"ץ שהאב המיר את בנו והוציאו לגמרי מדת ישראל ועובד ע"ז בפרהסי' אין כאן אנוס להתאבל עליו, אך קשה לי על הרמב"ם הלא חז"ל אמרו על פוקד עון אבות על בנים באוחזים מעשי אבותיהם בידיהם, ולפמ"ש שהבנים שהתעו

אותם

אותם אבותם, וגדלו אותם על דעתם אנוסים הם והלא אונס רחמנא פטריה ולמה יענשו הבנים באוחזים מעשי אבותיהם בידיהם:

ג' שם סעי' ז' מי שנפל בים, עיין בברייתא דאבל רבתי בפרק ב' מאימתי מתחילין למנות להם מעשה שנתיאשו מלבקש, מבואר בנפל למים שאל"ם ולא מלאוהו מת בכל זאת מתאבלין עליו, אף שאשתו אסורה ליכנס כל זמן שלא נמצא מת וניכר בטביעת עין שהוא הנופל בכל זאת מתאבלין עליו דהא תני שם בברייתא בנפל לים מתחילין להתאבל משנתיאשו וים הוא מים שאין להם סוף, ולא חיישינן שמא ע"ז תישא אשתו לבעל כיון דקיי"ל במים שאין להם סוף אף בלא נמצא המת אם נשאת לא תצא דאינו אלא חומרא דרבנן שלא תנשא לחוש למיעוט שיוצאים לא חיישינן לתקלה כך נראה מברייתא, אך לקמן בסי' שע"ה סעי' ז' פוסק הש"ע רק בנפל למים שיש להם סוף מתאבלין בלא נמצא, וע"ש בש"ך סק"ז שכ' אבל במים שאל"ם אין מתאבלין כבעל העיטור בשם הרי"ף וכמבואר באה"ע סי' י"ז בהגה סעי' ה', וק' מברייתא דמס' שמחות שהבאתי, דב' תירוצי העיטור אינם מובנים מה שכ' דמיירי בנפל מת, ליתנא דנפל אי אפשר לפרש כן דא"כ היה צריך לאמר הפילו לים אבל נפל מעצמו משמע. ותירוצו השני דמיירי במים שיש להם סוף הלא בברייתא תני נפל לים או לנהר ובנהר יש לאמר כן אבל על ים מעולם לא אמר אדם שהים הוא מים שיש להם סוף, ועיין ברוקח בה' אבלות סי' ש"ד שכ' נפל לים מונין לו משנתיאשו מלבקשו שבעה ושלשים עש"ה ועיין ברמב"ם בפרק א' מה' אבל ה' ד' שהשמיט נפל לים וכ' רק מי שטבע בנהר או מי שאכלתו חיה, ואין לנו תירץ רק עפ"י מה שכ' התשו' שבות יעקב בח"א סי' ק"ב דרק במי שיש לו אשה דיש לחוש שתנשא אין מתאבלין אבל, בפנוי שאין לו אשה מתאבלין אף במים שאל"ם ע"ש וי"ל ברייתא דשמחות בפנוי מיירי, רק שקשה הלא בחדא בבא תני נפל לים ושטפו נהר ואכלתו חיה ובהנך מתאבלין אף בנשוי ובנפל לים רק בפנוי וזה דוחק גדול שיכלול ג' דברים שכשתנו בדינם, וע"ש בשבות יעקב שמקשה קושי' עצומה מרבנו מאיר שהביא הרא"ש והמרדכי בפ' אלו מגלחין והוא בחבורו הלכות שמחות סי' ו' דאם אומרים לאשה שבעלה היה גוסס לפני ג' ימים צריכה לישב שבעה ימי אבלות דרוב גוססין למיתה ולמה לא נחוש שתישא לאיש ובאמת אסורה בגוסס עד שתדע בבירור שמת כמבואר בתוס' ביבמות דף ק"כ ע"ב, ועיין בשבות יעקב בחלק ב' בתשו' קי"ד שמקשה מכתובות דף ס"ב דאמר ר' ינאי כפאו מטתו אע"ג דאשתו אסורה ליכנס, וע"ש שתירץ דבהנך היה הבעל במקום קרוב לאשתו ובז' ימי אבלות יתברר הדבר אם מת ובתוך ז' בלא"ה אסורה ליכנס ובאמת לא הי' צריך לדחוק כל כך הלא בלא"ה האשה שמת בעלה צריכה להמתין ג' חדשים משום הבחנה ובתוך ג"ח תדע הבירור, ולדעתי אפשר לתרץ ב' קושיותיו, לדעת הגאונים ורי"ף ורמב"ם ורמב"ן ורוקח ושאר ראשונים דסוברים דיום ראשון דאבלות מדאוריתא הוה איך נדחה דבר שהוא מן התורה משום חומרא דרבנן בעלמא לחוש למיעוט שניצולים ממים שאל"ם ושמא תישא לאיש והלא אם נשאת לא תצא, גם הלא חז"ל התירו לאשה ליכנס עפ"י עד א' ועפ"י עד מפי עד ועפ"י אשה או גוי מסל"ת משום חומר שהחמרת עליה בסופה דייקא ומנסבא וכל זמן שלא תדע בבירור שמת בעלה לא תישא לאיש ולמה נחוש כשתתאבל תישא לאיש ונבטל אבלות דאורי' דיום ראשון, לכן נראה רק כשעבר יום ראשון ממיתתו דליכא עוד אבלות דאורי' רק אבלות דשאר ימים דאינם אלא מדרבנן מדחינן האבלות משום חשש רחוק דהם אמרו והם אמרו, אבל כשעדיין אבלות דיום ראשון דאורי' לא מדחינן דאורי' משום חשש רחוק ועיין בדגול מרבבה כאן על המחבר סעי' ו' שכ' כיון דצריכין להתאבל ביום ראשון, דהוה מדאוריתא צריכין להתאבל כל ז' דשאר ימים נגררו אחרי יום ראשון לפ"ז כשאומרים לאשה שבעלה הי' גוסס לפני ג' ימים יוכל להיות שמת ביום ג' ונקבר בו ביום והוה ביום זה האבלות מדאורי' ונגררו שאר ימים אחר יום ראשון וצריכה להתאבל, וכן בכתובות דף ס"ב דחש ר' ינאי משום שמתו לא בא שמת שיוכל להיות שמת באותו יום ונקבר בו והוה האבלות מדאוריתא לכן לוה לכפות המטה, משא"כ בנפל למים שאין להם סוף ולא נמצא עדיין עד שנתיאשו מלבקשו עוד דביום שנתיאשו כבר עבר היום שמת במים דימים רבים יעברו מעת הנפילה למים עד שנתיאשו ובכל אופן לא הוה עוד יום ראשון מדאוריתא וכל האבלות רק מדרבנן, מדחינן אבלות דרבנן משום חשש שמא תינשא אשתו, וגם בכה"ג לא מדחינן רק כשהי' נשוי אבל בפנוי אף אבלות דרבנן לא מדחינן כדמוכח מברייתא דשמחות, ועיין בתשו' אמ"ו בחתם סופר בי"ד סי' שמ"ד שמסיק להלכה בזה כשבות יעקב, ועיין בתשו' מים עמוקים תשו' י"ג שמביא ראיות מכמה ראשונים כנגד בעל העיטור דסוברים אף במים שאל"ם בנשוי צריכים להתאבל, ועיין בתשו' חוות יאיר סי' כ"א באחד שהי' גוסס לפני ימים כשאומרים לבנו שיתאבל אם כמלאו שם אבלים אחרים אין לאמר קים דאע"ג דרוב גוססים למיתה בכל זאת אינו אלא ספק ושאר אבלים ודאי הם ואין ספק מוציא מידי ודאי ע"ש ועיין בשיטה מקובצת בב"מ דף ו' על עשירי ודאי ולא עשירי ספק שמביא בשם הרא"ש דרוב אינו אלא ספק ע"ש אך הרבה ראשונים סוברים דרוב ודאי הוא וליתא לדברי חו"י, ועכ"פ לאוי שאבלים

שאבלים אחרים ימחלו לו לאמר קדיש אחד לזכות נשמת אביו:

סימן שמ"ו

א' סעי' א' עיין בש"ך שכ' הטעם שעי"ז יצא בזיון למת שיאמרו הצלוב הוא אחיו של זה ע"ש וכן כ' הר"ן בפ' אלו מגלחין בסופו, ולפ"ז אם היה הצלוב מאותן שפורשים מדרכי הצבור או מומר או מסור וכדומה שהקרובים לובשים לבנים ואוכלים ושותים ושמחים שנאבד שונא ה' שאין צריכים לחוש לבזיון המת מותרים הקרובים להשאר בעיר שנצלב שם אחיהם או אביהם דאין כאן משום בזיון המת, או לדעתי הטעם משום כבוד החי שתושבי העיר כשיראו הקרובים החיים יראו באצבעם עליהם שזה אחיו או אביו או בנו של הצלוב, ואף שיכולים למחול על כבודם, דוקא על כבודם אבל לא יגרמו שיתבזו כיון שהאדם נברא בצלם אלהים בזיון האדם הוא בזיון לה' וכלשונו לא תלין נבלתו כי קללת אלהים תלוי, וחז"ל אמרו גדול כבוד הבריות שדוחה ל"ת שבתורה, הקב"ה מוחל על כבודו שלא יתבזה אדם, ובמת מצוה המוטל בבזיון מחויבים הנזיר והכה"ג לטמאות עצמן ומבטלין ת"ת משום מת מצוה ולפ"ז אף אם הנצלב הוא מאותן שאין לחוש לבזיונן לא ישבו אחיו ובניו ואבותיו באותה עיר שנצלב:

סימן שמ"ח

א' סעי' א' הש"ע אינו מביא הדין המובאר בע"ז דף י"א דמעקרין סוסו של מלך שרכב עליו והבהמות שמושכו הקרון שלו, ומביא רק ששורפין מטתו וכלי תשמישו וכן הטור לא הביא דין זה, ובהשקפה ראשונה אמרתי עפמ"ש תוס' בב"מ דף ל"ב ד"ה מדברי שניהם שהקשו הא לצער בע"ח דאוריתא ואמאי עוקרין וע"ש תירוצם, וי"ל הטור תי' לעצמו קושי' תוס' עפ"י דהך ברייתא אתי' כר' יוסי הגלילי שם דסובר צער בע"ח רק מדרבנן אסור והתירו משום כבוד מלכים ולדידא דקי"ל כרבא שם דאמר מדברי שניהם נלמוד צער בע"ח דאוריתא אסור לעקור סוסו ובהמותיו, אך ברמב"ם פי"ד מאבל הלכה כ' מביא הך דינא מלך שמת ועוקרין סוסו, ובהל' כ"ו מביא מלך או נשיא שמת שורפין ע"ש ומזה נראה לענין שרפת כלי תשמיש שוה המלך עם הנשיא אבל לענין לעקור בהמותיו אינם שוים רק במלך עוקרין ולא בנשיא, וי"ל במלך כתיב שום תשים עליך מלך שתהיה אימתו עליך ומתירין אף לעקור בהמותיו אף דלצער בע"ח דאוריתא אבל בנשיא לא התירו לעקור ורק לשרוף התירו, ואף דגם על שרפה הקשו תוס' בע"ז י"א ובב"מ דף ל"ב הא איכא בל תשחית ע"ש עיין בט"ז בא"ח סי' ש"א סק"ד ובמג"א שם ס"ק ע"ז דכיון דאסור לשמש בכלי תשמישיו ובבגדיו של מלך לכל אדם אינם שוים כלום וליכא בהם משום בל תשחית, וכיון דהטור והש"ע השמיטו בכל מקום הדינים שאינם נוהגים אחר החרבן ומאז אין לנו מלך לא הביאו הדין של עוקרין בהמותיו ורק הדין ששורפין כלי תשמיש ובגדים הביאו משום דדין זה שייך גם בנשיאים שהיו כמה מאות שנים גם אחר החרבן, והנה הט"ז שהבאתי כ' דחייבין לשרוף כלי תשמישיו של מלך משום שאין רשאין להשתמש בהם וכן כ' הב"ח כאן דחייבין לשרוף ע"ש וכן משמע לישנא דברייתא דתני שורפין משמע שחייבין לשרוף וכן נראה מהרמב"ם פרק ב' מה' מלכים שכ' משום דאין רשאין לשמש בכלי תשמישו של מלך שורפין, ובזה תמוהים דברי הלבוש כאן בסעי' א' שכ' שמותר לשרוף על המלכים כלי תשמישיהם וליכא משום בל תשחית ע"ש, דה"ל לכתוב דיש חיוב לשרוף ולא רק דמותר לשרוף:

ב' סעי' ב' עיין בטור שמביא בשם הרמב"ן בתה"א שער הקבורה אם אחד אומר אל תקברוני ואפי' גם היורשין רוצים שלא לקברו מוציאין מהן בעל כרחן, וכן במת שאין לו קוברין ולוה שלא לקברו אין שומעין לו דלאו משום בזיונא דמשפחה לחודא איכא כ"א משום בזיונא דכולי חיי קאמרינן, ועוד דאי אפשר דליכא חד בסוף העולם דלא ניחא ליה ע"ש הנה טעם ראשון שכ' הרמב"ן דלאו אמשפחה לחודא אמרינן משום בזיונו כ"א על כל בני אדם, עיין ברש"י בסנהדרין דף מ"ו ע"ב ד"ה לאו כל כמיניה שכ' דבזיון הוא לקרוביו וע"ש בתוס' ד"ה קבורה שכ' ג"כ כרש"י דהוה בזיון דמשפחתו דלא כרמב"ן ועיין בחידושי ר"ן שם שהקשה אמאי לא אמרינן כ"מ נמי אי מוציאין מיורשים בדלא אמר אל תקברוני, ותירץ דאי משום בזיונא איכא נמי בזיונא דמת דלא כתוס' שם שכ' דאם המת מוטל על מטתו ליכא משום בזיונא למת כשלא נקבר ע"ש ואי הר"ן הי' סובר כהרמב"ן מאי הקשה הלא בכל אופן מוציאין אף כשמחלו על בזיונם משום בזיונא דכל חי, והנה לתוס' דלית להו כתירוץ הר"ן כמ"ש וגם לית להו כהרמב"ן הלא קשה קושי' חידושי הר"ן שהבאתי, וצ"ל דתוס' ס"ל כטעם שני של רמב"ן דאי אפשר דליכא חד בסוף העולם דלא ניחא ליה, ונ"מ בין טעם ראשון של רמב"ן לטעם שני בגר שמת שאין לו גואל וקרוב בעולם לרמב"ן כייפינן היורשים מטעם ראשון ולתוס' לא כייפינן דטעם שני לא שייך בגר, והנה לטעם ראשון של רמב"ן אף דאיכא בזיון לכל חי אמאי כייפינן ליורשים יקברוהו הציבור להסיר הבזיון מעלמא, אך הרמב"ן סובר כהרא"ש בתשובה והטור והש"ע פה רק כשירשו ממון מאביהם כופים מממונו שהניח

במותו

במותו להסיר הבזיון מכל ב"א שגרם ע"י מותו, אבל בלא הניח ממון לא כפינן לקרובים להסיר הבזיון כ"א כל בית ישראל ישירו הבזיון ומוטלת הקבורה על הציבור. וראיתי בתשו' מהר"ם מינץ סי' כ"ד וכ"ה שכ' דאף דהקרובים לא ירשו כלום כייפינן להוא על צרכי הקבורה דכל קרובים שמטמאין עצמן למת בכהונה מצווים ג"כ לקבור ע"ש ולא דמי דהמצוה מוטלת אקרקפתא דקרובים שיתעסקו בגופם במתיהם להוליכן לקבר אבל צרכי הקבורה כארון ותכריכין ומקוננות י"ל לא הטילה התורה על הקרובים כשלא ירשו כלום שיתנו מממונם, ועיין בשמ"ע בה"מ סי' רכ"ג ס"ק ס"ע דאם אמר אל תקברוני אין שומעין לו משום דעוברין על לא תלין ע"ש והעלים עינו מגמ' דסנהדרין דף מ"ו ע"ב דאמרינן שם רק אי איכא משום בזיונא אין שומעין, וע"ש שכ' דההספד אינו אלא משום כבוד המת וקרוביו וכשאומר אל תספדוני מצוה לקיים דברי המת וזה הוא ג"כ נגד הגמרא דאמרינן דאם ההספד משום יקרא דקרובים אין שומעין לו רק דפשטינן מר' נתן דההספד רק יקרא דשכבא לכן שומעין לו, ובאמת לא הבנתי מאי דפשט שם דעיין בתוס' שם ד"ה קבורה שכ' דאיכא תרתי בזיונא וכפרה ומבעי ליה הי עיקר ע"ש לפ"ז דלמא בהספדא נמי איכא תרתי יקרא דחיי ודשכבא ולכן כשלא נספד שיון יפה לו שנתבזה ויש לו עי"ז כפרה ועדיין י"ל אם לוה שלא להספידו אין שומעין לו דעדיין איכא משום יקרא דחיי, ועיין ברמב"ם בפי"ב מה' אבל ה' א' שכ' אם לוה שלא לקברו אין שומעין לו שהקבורה מצוה שנאמר כי קבר תקברנו וע"ש בלח"מ שתמה עליו מהגמ' דמספקינן אי לשמוע לו אי משום כפרה שומעין ואי משום בזיונא אין שומעין ע"ש ולפמ"ש בתשו' מהר"ם מינץ תשו' כ"ה דהאיבעי קאי לר' שמעון דדרש טעמא דקרא ומספקינן מאי טעמא לותה התורה לקבור ע"ש י"ל לדידא דלא קי"ל כר"ש ולא דרשינן טעמא דקרא בכל אופן אין שומעין לו כמ"ש הרמב"ם דאין בכחו ללוות נגד מלות התורה, ולי נראה דשם אמר ר' יוחנן רמז לקבורה מה"ת מנין שנאמר קבר תקברנו ע"ש וי"ל רק בדבר שנכתב בתורה בהדי' לא דרשינן טעמא דקרא אבל בדבר שרק נרמז בתורה דורשין וחוקרין לטעמא והשתא דלא אפשטא ולא ידעינן הטעם כ' הרמב"ם דאם לוה שלא לקברו אין שומעין לו משום דמצוה לקבור ואגב אעורר על דברי תוס' שם ד"ה הספדא שהקשו מיבמות דף ע"ח משאול על שלא נספד כהלכה והלא כל ישראל מחלו על כבודם ע"ש ונראה די"ל דהא דמספידין הוא משום יקרא דחיי דהמת א"ל להספד דבלא"ה הי' ניכר לאדם כשר וכולם יורידו דמעות עליו ורק ליקרא דמשפחתו שמראים בזה אהבתם למת ששוכרין ספדנים, אבל אם נספד ולא נספד כהלכתו זהו בזיון למת דהספדנים צריכים להרבות בשבחיו ולהוסיף כמבואר בסי' שמ"ד ויסברו השומעים שאף המעט שהזכירו הספדנים לא היה בו רק שהוסיפו הספדנים ושאול שלא נספד כהלכה נתבזה בזה, וזהו נגד הפירוש של ר"א מזרחי שהביא החדושי ר"ן שפירש שיון יפה למת שלא נספד היינו שלא נספד כהלכתו אלא כמו שפירש החידושי ר"ן שם שלא נספד כלל ושפיר מוכח דהוה יקרא דשכבא:

סימן שמ"ט

א' סעי' א' בין עכו"ם בין ישראל, עיין במשנה למלך פי"ד מה' אבל ה' כ"א שמביא בשם תוס' בב"ק דף ע' ע"ב ו"י ע"א ד"ה שור ולא אדם דמת נכרי מותר בהנאה וכן כ' הרשב"א בחדושיו שם דדומי' דמרים שהיתה ישראלית אסרה תורה, ולבסוף מביא המ"ל הירושלמי בשבת פ' המצניע הלכה ו' שמתרץ על הא דמקשינן שם הלא מודה ר' שמעון בא"ה, ומתרץ במת נכרי מבואר בירושלמי נגד הש"ע דמת נכרי אינו אסור בהנאה ע"ש אך עיין בירושלמי בב"ק פרק א' ה"א שממעט מקרא דוהמת יהי' לו ילא אדם שאין לו הנאה במותו ע"ש והקשה שם המראה פנים מירושלמי דשבת דמת נכרי מותר בהנאה ומנא לן עדיין מת נכרי ועבד ע"ש אך עיין בפתחי תשובה סי' שמ"ע אות א' שמביא תשו' אבן שוהם סי' ל' דמת ישראל אסור בהנאה מה"ת ומת נכרי אסור רק מדרבנן ומותר להתרפאות בחולה שאין בו סכנה ע"י עלם נכרי ע"ש והנה ליסנא דש"ע שכ' מת בין עכום בין ישראל אסור בהנאה משמע דשוים לגמרי, ויש לעיין על האבן שוהם איך מלינו שאסרו חז"ל מת נכרי בהנאה י"ל דעיין ב"י שאול כאן שהק' מכתובות ע"ע דאמרינן שם בולד בהמה מלוג שמת יכול להנות מעורו מש"כ בולד עבד מלוג שמת והלא לפמ"ש תוס' בב"ק דף י' מת עבד ונכרי לא אסרה התורה בהנאה, ולפ"ז ניחא דתוס' קאי אקרא דלמה לי שור ולא אדם הלא מהמת יהי' לו כדע דהא אסור בהנאה וע"ז תירלו דמה"ת רק מת ישראל אסור ושפיר לריכין קרא אבל התם בכתובות דקאי אדרבנן בנכסי מלוג שפיר מחלקינן דולד בהמה מותר מדרבנן אבל ולד שפחה שמת אסור מדרבנן בהנאה, אך מירושלמי שבת הי' קשה דמתרץ במת נכרי הלא גם מת נכרי אסור בהנאה וחייב בכ"ם ולריכין לדחוקי דרק א"ה דאוריתא אחשבה שיתחייב בכ"ם בהוצאה אבל א"ה דרבנן אין בכחו להתחשב שיתחייב בהוצאה כ"ם, ונראה אף דמת נכרי ועבד מותר בהנאה בכל זאת מי ישתמש במת אדם שיפשוט את עורו הלא כל אדם לקבורה עומד ולא להפשטת עורו ומה שאמרו בחולין דף קכ"ב שגזרו על עור אדם טומאה שלא יעשו שטיחין מעור אביו ואמו ע"ש בחידושי ר"ן ורשב"א בשם הרמב"ן שיעשה

זאת משום אבל והספד שיהי' לו לנגד עיניו העור מאביו ואמו ולא להנאה ע"ש לפ"ז שפיר אמרינן בכתובות דף ע"ט דבולד בהמה אם ימות לא יפשיד כל הקרן שיפשוט העור אבל בולד שפחה יפסיד הכל דאף דמותר בהנאה לא יפשיט עורו כ"א יקברוהו, ובזה מסולק הסתירה בירושלמי, בשבת דמקשינן מלד א"ה של מת אין שיעור להוציאה דא"ה מחשב לכ"ם שפיר מתרץ הירושלמי במת נכרי דליכא א"ה אין כאן חשיבות ובעי שיעור בהוצאה משא"כ בב"ק שם לא קאמר הירושלמי ילא אדם שאסור בהנאה כ"א ילא אדם שאין לו הנאה במותו שאין נהנין ממת אדם אפילו מעבד ונכרי ואיך אמרם התורה המת יהי' לו שיהנה מהמת אע"כ לא קאי אאדם, ובאמת במת נכרי ועבד מותר בהנאה ויש להסביר יותר עפ"י מה שכ' תוס' בסנהדרין דף ע"ד ע"ב ד"ה והא אסתר בשם ר"ת דביאת נכרי הוה כביאת בהמה דכתיב ביחזקאל כ"ג בשר חמורים בשרם וזרמת סוסים זרמתם ע"ש וכיון דבקרא זה מפורש בשר חמורים נחשב מת נכרי כבהמה שמתה שמותרת בהנאה אף מדרבנן, ועיין בתשו' בנין ציון תשו' קי"ע שכ' דכפל מותר בהנאה דלא דמי למרים דשם נאמר ותקבר שם לפ"ז רק מת שצריך קבורה אסור בהנאה אבל נפל שא"צ קבורה מותר בהנאה כמו שמת נכרי מותר משום דלא דמי למרים שהיתה ישראלית:

ב' שם סעי' א' הזמנה לאו מלתא, עיין בסנהדרין מ"ז ע"ב דפליגי בזה אביי ורבא לאביי הזמנה מלתא ורבא פליג דהזמנה לא מלתא, וע"ש ברש"י שכ' ונקרא שם המת עליו מלתא היא כאלו נרכו בו ע"ש מלישנא דרש"י נראה דרק בדבר מסוים כגון בגד או דבר אחר דנקרא שם המת עליו משעה שהזמינו עבורו וכאלו נרכו המת בו, וכן בקבר, אבל במעות שהזמינו לצורך קבורת המת לא שייך כל זה דאין כאן דבר מסוים שנאמר שנקרא שם המת עליו וגם לא שייך כאלו נרכו בו ומוכר רש"י רק כתירץ ראשון של תוס' בסנהדרין מ"ח ע"א ד"ה מותר דמיירי שם בגבו בגדים אבל בגבו מעות אף לאביי הזמנה לאו מלתא, ובזה ניחא לי מה דקשה לי לרש"י בסנהדרין מ"ח ע"ב על שכבא דהרפנא שכ' עניים היו ולאחר מיתה גובין להן ואורגין להן בגדים ע"ש ואי הי' סובר רש"י כתירץ ב' של תוס' דגם בגבו מעות הזמנה מלתא איך אמר אביי דמגלד האריגה הזמנה מלתא הלא מגלד המעות שגבו למת כבר נאסר בהנאה, אך התירוץ הראשון של התוס' קשה להבין שתירצו פירשו שאני, הלא לר' נתן דסובר המותר תופש והזמנה מלתא נאסרו כל הבגדים בהנאה ואיזה חילוק יש בין פירשו ללא פירשו דעדיין קשה הלא הבגד אסור ללוקח, ולא אדע למה לא תירצו דמוכרין המותר לנכרי שאינו תגר שקונה לעצמו דאין לחוש שימכרהו לישראל דהמוכר לא נהנה מהבגד דהא עושין דימוס וזיליף למת מהמעות והקונה הוא נכרי דאצלו ליכא א"ה, ועוד יש לדייק מלישנא דרש"י דלית ליה כתוס' שם ד"ה נתנו לספר דהזמנה בדיבור לא מהני כ"א כהרמב"ן שהביאו שם החידושי ר"ן דדי בדבור לחוד ועל דבור בעלמא לא שייך מלתא היא לכן הולך רש"י לאמר דהוה כאלו נרכו בו, משא"כ להתוס' דסוברים דבעי מעשה להזמנה שפיר שייך מעשה דהזמנה מלתא היא והנה התוס' הביאו ראי' דבעי מעשה בהזמנה מדנקט הוסיף בו דימוס ולא נקט רק שייחד למת ע"כ דדבור לא מהני ע"ש ויש לדחות ראי' זו דשם כבנה הקבר לאדם חי לכשימות ואח"כ מת אם אחר מיתה מיחדו למת אין כאן דיבר חדש דכבר קודם שמת ייחדו הקבר עבורו לכשימות לכן בעי מעשה הוספת דימוס, אבל אם מיחדין בדבור איזה חפץ למת מה שלא הי' עד עתה מיוחד עבורו דיש כאן דיבר חדש י"ל דמהני, ומה שהביאו ראי' מדנקט כיס שעשאו להניח בו תפילין ולא נקט ייחדו ע"ש הלא מלישנא דר' חסדא שם יש לדייק להיפך דנקט האי סודרא דאזמני לתפילין משמע אחר שהיה כבר סודר אזמני' בדבור לתפילין אך מהא דאמר ר' חסדא שם אם היה מכירו חוללו ומותר יש להביא ראי' דבעי מעשה דאז שפיר מובן אם נוטל הדימוס דמותר דרק בזה עבד מעשה אבל במה שהי' לא עשה מעשה ולא נאסר, אבל אי דבור לחוד מהני הלא בזה שעשה דימוס למת גילה דעתו שרוצה שכל הנפש שבנה יהי' למת ויחדו למת ואמאי יהני אם נוטל הדימוס שהוסיף, וגם נראה להוכיח מהירושלמי פרק ג' דיומא הלכה ו' דבעי מעשי בהזמנה דע"ש אבנים שחלבו למת אסורים בהנאה לשם חי ולשם מת מותרין בהנאה וע"ש בק"ע כיון דהוה גם לחי הזמנה לאו מלתא ע"ש ואי בעי דוקא מעשה להזמנה יש להבין דרק אם המעשה מיוחד רק למת מהני אבל מעשה שאין מיוחד למת כ"א גם לחי איכו אסור, אבל אי דיבור בעלמא יספיק לאסור וכי יגרע מדבור בעלמא כשחולב גם לחי הלא אומר שחולב למת, אך יש לדחות ראי' זו דהלא בלא"ה נראה מהירושלמי שחולק על גמרא שלנו דבגמ' בסנהדרין דף מ"ח אמרינן בפשיטות בחולב אבנים למת דהוה כעויה לאריגה ולכ"ע הזמנה לאו מלתא בכה"ג, והירושלמי אוסר בחולב אבנים לקבר מת וסובר דאף בעויה לאריגה הזמנה מלתא ובכה"ג בעויה לאריגה בעי דוקא מעשה מיוחד למת ולא נאסרו האבנים שחלבן גם לחיים, אבל בשאר הזמנה י"ל גם הירושלמי מודה דדי בדבור בעלמא, ובזה מתורץ לי מה דק' לי על בעל תשו' לוח לדק תשו' פ"א שכ' דמהני תנאי כשמתנה בשעת העיבוד לשמה שרוצה להשתמש בעור גם לחול ומביא ראי' מדמהני תנאי על תפילין של ראש להניחן על היד ע"ש וק' עליו הלא לרש"י כל העיבוד

לשמה

לשמה רק מצד הזמנה והלא בירושלמי מבואר דאם חוצב אבנים למת ולאי לא הוה הזמנה והכא נמי כשמעבד העור לחול ולקודש לאו הזמנה היא וכלא נחשבה כמ"ש רש"י לת"ק דרשב"ג דסובר הזמנה לאו מלתא ולא אכפת לן בעיבוד ע"ש ולפמ"ש יש לחלק דרק בטויה לאריגה סובר הירושלמי דלא מהני דבעי מעשה מיוחד למת אבל בהזמנה דעלמא י"ל דמהני, אך בלא"ה ראיות הנ"ל מתפילין של ראש לשל יד ליתא דהתם אינו אלא ירידה מקדושה חמורה לקדושה קלה ועדיין קודש הוא אבל כשמעבד לחולין ג"כ י"ל לא מהני, ועפ"י הירושלמי הנ"ל יש להסביר קצת תירוץ ראשון של תוס' ד"ה מותר שכתבתי לעיל דאין לו הבנה, דכיון שגבו יותר מהצורך לקבורה ואיגלאי מלתא שהגביה היתה למת ולאי דהא לת"ק המותר ליורשים ולא היתה הגביה רק למת ממילא אף לאביי הזמנה ל"מ והבגדים שגבו מותרים בהנאה, משא"כ בפרסו האלטלא על מיתכא שיחדו והזמינו רק למת, אך לר' נתן שם שהמותר ג"כ נתפס והכל אסור עדיין לא ניחא דהא כל הגביה היתה למת ואיך נוכל למכור המותר לדימוס וזילוף, ועיין בירושלמי בפ"ב דשקלים שפירש המפרש שם הזילוף הוא לריח טוב לפני הבאים לכבודו ע"ש יש לעיין הלא הבאים שמריחים ריח טוב נהנים מהריח ואסור להריח מאיסורי הנאה, אך בע"ז דף כ"ד ע"ב מבואר דרק בע"ז ושביעית תופסין דמיהן אבל בשאר א"ה אין תופסין דמיהן ועיין בירושלמי בקדושין כ"ז על המשנה שם במקדש בדמי א"ה מקודשת דקאמר מפני שאין דמיהן, לפ"ז לרבא דיליף שם שם מע"ז י"ל גם במת תופס דמיו דאין גז"ש למחצה וגם זאת למדין מע"ז, אבל לאביי דיליף שם שם מעגלה ערופה במת אין תופסין דמיהן, לפ"ז הן בגבו בגדים או מעות וקנו בהן יין לזילוף היין לא נתפס בא"ה ומותר בהנאה מ"נ, לאביי דסובר הזמנה מלתא הלא לדידי' במת אין תופס דמיו, ולרבא דיליף שם שם מע"ז וגם במת תופס דמיו הלא לדידי' הזמנה ל"מ ואין כאן א"ה, רק משום זילותא דמת כל מה שנגבה משמשין לכבודו לעשות לו נפש ולזלף לפני מטתו להסיר הריח, וע"ש בירושלמי שאם גבו למת בחזקת שאין לו ונמצא שיש לו דכל הגביה בטעות היתה סבר ר' ירמי' לדמות להמותר שייך להיורשים להת"ק ונדחה שם, וע"ז מביא הירושלמי תני ר' נתן אומר בונין לו נפש על קברו ועושין זילוף ע"ג מטתו ע"ש לדעתי שייך זאת אדלעיל דאף דאין נותנים להיורשים אבל אין מחזירין להנותנים כ"א אף שיש לו למת לצרכי קבורתו עושין ממה שנגבה עבורו נפש על קברו, ואם גם על זאת יש לו, עושין זילוף דע"ש בתוס' י"ט שכ' דזילוף אין לו שיעור ויכול לעשותו בממון הרבה ובפוסקים לא נמצא האי דינא. ואם לא הי' לו וגבו לצרכי קבורתו פסקינן כת"ק בש"ע סי' שנ"ו דהמותר ליורשים, ואמרינן בגמ' הטעם משום דמחל זילותי' להנאת יורשיו וע"ש ברש"י שכ' דניחא ליה שיתבזה לאחר מיתתו להנאת יורשין ע"ש והיה קשה לי בהשקפה ראשונה איך פסקינן בש"ע בי"ד סי' שמ"ד דמוציאין מהיורשים בע"כ שכר ספדנים כשאין רוצים לשכור משום יקרא דשכבא כמבואר בסנהדרין מ"ו ע"ב דהספדא אי הוה יקרא דשכבא מפקינן מהיורשים והלא הכא אמרינן דניחא ליה שיתבזה לאחר מותו להנאת יורשיו שישיגו ממון הכא נמי כיון דממאנים היורשים ליתן שכר הספדנים והוה הנאה ליורשים אם לא יצטרכו ליתן המעות ואמאי כופין אותם הלא ניחא ליה למת שיתבזה אחר מותו להנאת יורשיו, אך אחר העיון נראה, חדא דעיין ברש"י בסנהדרין מ"ו ע"ב שכ' מחיים אחליה לזילותא, מזה נראה דאחר מיתה ליכא מחילה, לפ"ז באין לו ויודע שיגבו עבורו לקבורתו עולה על דעתו שאם יותר יהי' ליורשיו ומוחל זילותיה, אבל לא יעלה על דעתו שיורשיו ימנעו ממנו יקרתו וכבודו בפרט לפמ"ש הש"ך בסי' שמ"ד סק"ז דרק כשירשו ממון מאביהם כופין אותם ע"ש איך יעלה על דעתו שיבזו אותו כל כך שיקחו ממונו ולא ישכירו ספדנים לכבודו ואין כאן מחילה מחיים לכן כופין אותן:

נחזור למה שהתחלנו בתחלת דברינו דמלישנא דרש"י משמע דסובר כהרמב"ן דדי בהזמנה בדבור לחודא ולא בעי מעשה כמ"ש תוס' ועוד ראי' לזה מלישנא דרש"י בסנהדרין דף מ"ז סוף ע"ב ד"ה עכום בהזמנה לא מתסרי להדיוט דתני' האומר בית זה לעכום שור זה לעכום מותר ע"ש ואי כתוס' ור"ן דאפילו לאביי בעי מעשה להזמנה מאי ראי' מייתי רבא משם כנגד אביי דהזמנה לאו מלתא הלא שם באמירה בעלמא גם לאביי הזמנה ל"מ אע"כ דסובר כהרמב"ן, ולתוס' ור"ן צ"ל דראיתו של רבא מבונה בית לע"ז דלא נאסר כשבנאו ישראל לע"ז עד שתעבד כמבואר בש"ע י"ד סי' קמ"ה סעי' ג' ובש"ך שם סק"ח, ובט"ז סק"ו שם, והנה לרש"י והרמב"ן דלאביי הזמנה בדבור בעלמא הוה, י"ל אביי ורבא דפליגי בראש השנה דף כ"ח במצות צריכות כונה לרבא שם מצות א"צ כונה ואביי פליג שם ומקשה מישן בשמיני בסוכה ילקה ע"ש אזלי בזה לשיטתם, אביי דסובר הזמנה מלתא בדבור בעלמא סובר גם במצות צריכין קודם העשיה הזמנה שיזמין האדם עצמו שיתכוון לקיום המצוה, ולרבא דהזמנה לאו כלום היא א"צ להזמין עצמו לעשית המצוה, אך לרש"י בסנהדרין מ"ח ע"ב שפירש שם דת"ק סובר הזמנה לאו מלתא ולא אכפת לן בעיבוד לשמה ורשב"ג סובר הזמנה מלתא, היה קשה משמואל דבמנחות דף מ"ב ע"ב סובר שמואל דבעי טויה בציצית לשמה ואמרינן שם דשמואל אתי' כרשב"ג דבעי עיבוד לשמן וע"כ דסובר הזמנה מלתא היא והלא שמואל

אית ליה בר"ה כ"ח מלות א"ל כוונה, אך לפמ"ש בתוס' בסנהדרין מ"ח היפך מרש"י שפירשו דת"ק סובר הזמנה מלתא ורשב"ג סובר הזמנה לאו מלתא ע"ש ניחא דשמואל כרשב"ג דהזמנה ל"מ לכן סובר מלות א"ל כוונה, אך הלא לתוס' בעי גם לאביי דוקא הזמנה במעשה, ובאמת קשה לתוס' כיון דרשב"ג סובר הזמנה במעשה לאו מלתא מאי יהני העיבוד לשמה, וכראה די"ל דהזמנה ל"מ דאין בכח ההזמנה להוציא הדבר מחזקתו מחזקת היתר לחזקת איסור, ורק אם אחר ההזמנה כרכו בו המת לשעתא או אנחי ביה תפילין לשעה, מהני להוציא הדבר מחזקתו הראשונה שהיה מותר לאיסור לפ"ז מעבדין לשמה, אם משתמשין אח"כ בו לתפילין או לס"ת מהני למפרע העיבוד לשמה שילא מחול לקודם, אבל אם נמלך אחר שעיבד העור לשמן ורוצה להשתמש בו לחול באמת מותר כיון דלרשב"ג הזמנה ל"מ לא יצא העור מחזקתו הראשונה שהי' מותר, אך כל זה להרמב"ן במלחמת ה' בסוכה דף ט' דסובר דאף בגוף הקדושה הזמנה לאו מלתא, אבל לבעל המאור שם ולר"ן בסנהדרין מ"ז ולריטב"א בגיטין דף מ"ה דמחלקי' וסוברים דרק במשמשין סובר רבא הזמנה ל"מ אבל בגוף הקדושה לכ"ע הזמנה מלתא, ליתא למה שכתבתי דהא נאסר העור ע"י עיבוד לשמן, והוכחתם חדא מגיטין דף כ"ד דאמר שם כ"א על הסופר שאמר גוילין לא עבדתי לשמן שנאמר לפסול הס"ת ע"ש והנה לפי' תוס' דר"ש משום דסובר הזמנה ל"מ בעי עיבוד לשמה ליכא הוכחה משם אדרבה משום דהזמנה ל"מ לכן בעי עיבוד לשמה, ורק לרש"י דפי' דאי הזמנה ל"מ לא בעי עיבוד לשמה, היה מוכח משם לחלק, ועוד מביאין ראי' מדאמר רבא דמש"ה לא יליף מעגלה ערופה דרק משמשין ממשמשין ילפינן ובע"ע גופה קדוש ע"ש ראי' זו ג"כ רק לפי' רש"י שם דפי' רבא מ"ע לא יליף מע"ע דהזמנה מלתא, ע"ז אמר רבא התם משום דגופה קדוש אלמא דבגוף הקדושה גם לרבא הזמנה מלתא, אבל לפי תוס' שם שפירשו שהקושי' היא שרבא ילמוד מע"ע דהזמנה ל"מ דלדידי' ירידה איכא אוסרת וע"ז אמר רבא דבע"ע גופה קדוש מוכח להיפך דבכה"ג יותר מסתבר לאמר הזמנה ל"מ דעדיין אין כאן קדושה כלל, אבל במשמשין דיש כאן קדושה קודמת כתפסין יותר ע"י הזמנה, ומה שכ' תוס' שם לאביי ג"כ הקושי' שילמוד מגוף ע"ז דהזמנה מלתא ע"ש לא הבנתי הלא בע"ז דף כ"א פליגי ר"י ור"ע לר' ישמעאל בע"ז של ישראל כיון שפסלה לשם ע"ז מיד נאסרה אבל ר"ע פליג וסובר דלא נאסרה עד שעבדה עש"ה והלכה כר"ע ומחברו לפ"ז בע"ז גופא הזמנה ל"מ ומאי קושי' על אביי, אך לפמ"ש לעיל דר' ישמעאל ור"ע פליגי בהזמנה מלתא ע"ש ניחא דע"כ אביי כר' ישמעאל ס"ל :

והנה לרש"י שפי' לת"ק הזמנה ל"מ ולא אכפת לן בעיבוד לשמה ורשב"ג סובר הזמנה מלתא ובעי עיבוד לשמן,

יש לעיין נהי דרשב"ג סובר הזמנה מלתא מנא ליה לפסול העורות כשלא עיבדן לשמן היכן מליכו דבעי הזמנה בתפילין וס"ת לעכב ולפסלן בלא הזמנה ואי איכא קרא או דרשה דבעי הזמנה היה קשה על הת"ק נהי דסובר בעלמא הזמנה ל"מ הלא הכא גלתה התורה דבעי הזמנה, בשלמא לפי' תוס' י"ל דלכ"ע יש לן איזה למוד דבעי הזמנה ולת"ק דסובר בכל מקום הזמנה מלתא די גם הכא בהזמנה וא"ל עיבוד לשמה ורשב"ג סובר כיון דבעלמא הזמנה ל"מ ודאי גלתה התורה עיבוד לשמה, אך מגמ' דסנהדרין מ"ז ע"ב יש להביא קלת ראי' לרש"י דשם מקשינן תחלה על רבא למה לא יליף מע"ע ואח"כ על אביי משום דבכל מקום אמרינן לקולא ולחומרא לחומרא מקשינן היה לו לרבא לדרוש שם מע"ע לחומרא דהזמנה מלתא והא תינח לרש"י דאי הזמנה ל"מ א"ל עיבוד לשמן אבל לפי תוס' דאי הזמנה ל"מ צריכין עיבוד לשמן הלא הוה האי חומרא חומרי דאתי' לידי קולא דלרבא כלטרך עיבוד לשמה כרשב"ג ולאביי א"ל עיבוד לשמן, אך בלא"ה לפי' תוס' שפירשו שהקושי' על רבא שילמוד מע"ע הזמנה ל"מ ודאי אין לאמר דקושי' הגמ' משום דלקולא ולחומרא לחומרא מקשינן:

והנה בגמ' מקשינן לאביי מהיו אביו ואמו מזרקין בו כלים מלוה להלילן ומתרלינן משום מרריהו ודוקא בלא כגעו ע"ש ועיין בירושלמי בפ"ג דיומא ה' ו' שמחלק בזורק כלי לפני מטתו של מת לתוך ד' אמות אסור בהנאה חוץ לד"א מותר ע"ש וק' לי אי הזמנה ל"מ אפילו בתוך ד"א למה אסור והלא רק בנגע במטה שקוברין בו משום דמחלפי בתכריכין אסרו רבנן, ואי הזמנה מלתא אפילו נפל חוץ לד"א יהי' אסור מלד שזרקו למת, ולהלכתא מסקינן בגמ' דהלכה כרבא דהזמנה ל"מ וכל הפוסקים והרמב"ם פסקו כן וק' לי על הרמב"ם דבפ' כ"א מה' כלים הי' כ' כפה שנתנו על הספר טהור מלקבל טומאת מדרס ע"ש וק' הלא בסנהדרין מ"ח מקשינן על רבא מהך משנה ומתרלינן דבעי נותנו וכרכתו בה ס"ת דאיכא הזמנה ומעשה ע"ש ולמה השמיט הרמב"ם כרכתו ולא כ' רק נתנו ול"ע, ועיין בחידושי ר"ן בסנהדרין מ"ח שכ' על מותר המת ליורשיו במותר המת ליורשים בזה הזמנה מלתא ומשום שכבר עשו לורך המת, ואף בגבו מעות ולא לקחו מהם בגד למת רלוי להנהיג איסור במותרו מתורת לדקה אלא שהותר ליורשים משום דיאחולי מחיל לגביהו עש"ה ודבריו תמוהים הלא בגמרא אמרינן רבא מתרץ לטעמיה כ"ע הזמנה ל"מ ורק משום זילותיה איכא ואמרינן דמחיל זילותיה לגבי יורשיו לת"ק, ולמה לריכין בגמרא לאמר לאביי דלת"ק המותר לא תפיס הלא י"ל דתפיס רק משום

דמחיל

דמחיל לגבי יורשיו, אע"כ דאם נאסר המותר לא מהני מחילת המת מידי להתיר מה שנאסר ורק אי הזמנה לאו מלתא וליכא אלא משום זילותא אז מהני כשימחול בזיונו לגבי יורשיו:

ג' שם סעי' ב' בש"ע אבל שערו ממש אסור בהנאה עיין ברמב"ם בפ' י"ד מה' אבל ה' כ"א שכ' דשער המת מותר בהנאה דלא הוה כגופו ע"ש ועיין בתשו' רשב"א סי' שס"ה שמדמה עור המת לשערו דשניהם אסורים ע"ש והנה מהרמב"ם שפורש רק שערות מהמת שאינם כגופו משמע דעורו של מת אסור וכן כ' הרמב"ם בפרק ה' מה' מ"א ה' כ"א שעור האדם כבשרו ע"ש ולפמ"ש רש"י בערכין דף ז' לר"ל שם דמש"ה השערות מותרין דאין מיתה בשערות דלא ישתנו ע"י המיתה ע"ש יש חילוק בין שער לעור העור נשתנה ע"י המיתה ויש מיתה בעור ואסור, ועוד זאת העור שומר לבשר והיינו כבשר והשערות לא ישמרו הגוף, ועיין ברשב"א בתשו' סי' ש"ל שכ' דר"ל אינו חולק על רב שם לאוסר השערות, אך רש"י כ' בפי' דחולקים ולר"ל מותרין השערות וכ"כ החידושי ר"ן בחולין דף קכ"ב שנחלקו בערכין אי השערות אסורין בהנאה ע"ש ועיין בבכור שור בע"ז דף כ"ט שתמה על הרמ"א כאן שמתיר טבעות ושאר תכשיטין רק בלא נקשרו בגוף המת והוא מתיר אף בנקשרו רק בשערות נכרית ושן תותבת שכלמו לשער הגוף ולשיני הגוף נאסרו אבל שאר תכשיטין הקשורים אינם אלא כשארי מלבושים הקשורים בגוף המת בשעת מיתתו והנך ודאי מותרין עש"ה ויש לעיין לפמ"ש רש"י בסנהדרין דף קי"ב ד"ה כגופה דמי' שכ' כשמחוברין בה נחשבו כמלבושים שעליה ולא כגופה ממש ע"ש וכיון דלא נחשבו רק כמלבושים שעליה למה יאסרו פאה נכרית שקשורין בה הלא אינם אלא כמלבושים שקשורים בה והמלבושים הקשורים הלא מותרים לגמרי, וגם על הגמרא בערכין ז' דאמרינן שם דבמחוברין בה ודאי אסורים ורק בתלי בסכתא מבעי ליה ע"ש התם בסנהדרין במחוברין בנשים לדקניות ודאי נחשבו כמלבושיה לפמ"ש רש"י שם ומותרין ובתלו בסכתא מספקא ליה לר' יוסף שם אי נחשבו כמלבושיה ומותרין או כנכסיה ואסורין בעיר הנדחת, אבל הכא במת אף אם מחוברין בה למה יאסרו נהי דנחשבו כמלבושיה הלא מלבושי המת הקשורים מותרים לגמרי וצ"ע אצלי:

סימן שנ"א

א' סעי' ב' אין קוברין את המת אלא בטלית שיש בו ציצית, עיין בתוס' בברכות דף י"ח ובנדה דף ס"א ע"ב וב"ב דף ע"ד ובע"ז דף ס"ה ובראשונים שם שהאריכו אי להסיר הציצית מטלית של מתים או להניחן, דבפרק י"ב ממס' שמחות לוה אבא שאול להסיר התכלת מאנפילי שלו, ושמואל אמר במנחות שיתלו ציצית קודם קבורה בתכריכין ע"ש ויש לעיין נהי דמצות בטלות לעתיד לבא ומתים חפשים מן המצות וליכא חיוב ציצית אכתי למה נסיר הציצית מה יפסידו אם בכל זאת יהיו מלובשים בציצית הלא הנשים שפטורים ממ"ע שהז"ג ובכל זאת עושים המצות ומברכין עליהן, שנית לפי מה שפירשו הרשב"א הביאו החדושי ר"ן בנדה דף ס"א והריטב"א שם דלכ"ע לאחר התחי' אין מצות בטלות ויתחייבו אז וכל הפלוגתא שם רק אי המתים כל זמן שהם בקבר פטורים לר' יוסף שם חייבין במצות ולר' יוחנן פטורים אז ע"ש אף דפירושם ק' להבין איך אפשר לאמר שהמת יתחייב במצות הלא אין בידו לעבור בל"ת או לעשות מ"ע, עוד זאת לפירושם דלאחר התחיה לכ"ע חייבין במצות איך אפשר לאמר להסיר הציצית הלא יעמדו לתחיה ויתחייבו, ונראה דעיין בש"ע א"ח סי' י"ח סעי' א' הובא שם פלוגתא דרמב"ם ורא"ש לרמב"ם הכל תלוי בזמן ולא בבגד, בלילה פטורין ממצות אף בבגד של יום וביום חייבין אף על בגד של לילה ולרא"ש תלוי הכל בבגד על כסות לילה פטורין אף ביום ע"ש לפ"ז התכריכים שנעשים מיד לתכריכים הם כסות לילה שנעשים לקבור בהם המת בקבר סגור ומסוגר שאף שבבית אפל חייבין בציצית אף לרמב"ם משום דביד המצוה שם להסיר הלעיף והמכסה ולגלול החשך שיבא האור, אבל בקבר כל זמן שהמת נקבר שם הוה לילה ופטור המת מציצית כל זמן שנקבר שם דאז אצלו הוא לילה, ואחר התחי' כשיקום מקברו ויאיר האור תלי' בהרמב"ם והרא"ש להרמב"ם ביום חייבין גם על כסות לילה ולהרא"ש גם אז פטורין מציצית, ואי חייבין אחר התחי' במצות ואסורים בשעטנז אם הציצית כלאים הם, דוקא בדאיכא חיוב עשה דוחה לל"ת דשעטנז. אבל בתכריכין דלרא"ש ליכא חיוב עשה ואיסור כלאים איכא יעברו אחר התחי' בל"ת דכלאים י"ל לכן לוה אבא שאול להסיר התכלת שהיה שעטנז מאנפילו שלו, והשתא דלית לן תכלת ולא הותר לנו לעשות ציצית שעטנז י"ל דא"צ להסיר הציצית דאין לחוש לאיסור כלאים, גם י"ל עפ"י מה שכתבתי דלא פליגי אבא שאול ושמואל במנחות מ"א, דהא יש לחוש שהציצית ירקבו ויופסדו והבגד ישאר בעת התחיה, והנה באותן הבגדים שנעשו מתחלה לשם תכריכין כמו התם בשמואל דקאי על מלבושים שנעשים לתכריכין אמר לרמות בהן ציצית ממ"נ אם ישארו הציצית מה טוב ומה נעים כשיקומו המתים ויהיו מלובשים בציצית, ואם ירקבו הלא כסות לילה פטור להרא"ש אף ביום, אבל אם נותנין טלית למת שהשתמש בו בחייו והי' כסות יום אף שעכשיו יהי' כסות לילה הלא כסות שנעשה ליום ולילה

חייב בציצית, לכן צוה אבא שאול להסיר מאנפולי' שלו שהשתמש בו בחייו הציצית, ע"י המעשה שעושין בבגד שמסירין ממנו הציצית עוקרין אותו מכסות יום ועושין אותו לכסות לילה ונפטר מציצית ואין לחוש לכלום:

סימן שנ"ב

א שם סעי' ד' עיין בתשו' אמ"ו בח"ס י"ד סי' שכ"ז שנשאל על מה שעושין בני חברא קדישא בשעת הטהרה שמערבין יין בביצים ומזלפים על אברי המת מאין מקורו השיב בירושלמי פרק ב' דשקלים תני מזלפין ע"ג המת הרי יין ע"ש ויש לפקפק על ראי' זו דמשם יש להביא ראי' להיפך דר"ל שם לא אמר רק במותר המת יעשה ממנו זילוף ע"ג מטתו, אבל בדליכא מותר לא, גם לא נאמר שם ע"ג המת כי אם על מטתו וע"ש בהמפרש שכ' לריח טוב לפני הבאים לכבודו משמע דמזלפין היין ע"ג האש כמו דנותנין מוגמר על האש לריח טוב גם לא הבנתי למה הביא אמ"ו ממרחק לחמו מירושלמי ולא הביא מבבלי סנהדרין מ"ח ושם נאמר מזלפין לפני מטתו ולא ע"ג מטתו וגם אמרי' שם או מזלפין משמע דאם עשה דימוס ממותר לא בעי זילוף, ואודות הביצים שורש הדבר נמצא בכל בו ה' אבלות סי' קי"ד וז"ל וטחין את ראשו בביצים טרופים בקליפתם וזה המנהג קדום, לסימן לפי שהיו מוליכין אותו חוץ לעיר לקבר וכדי שיכירו הקוברים שהוא ישראל עשו בו סימן זה עכ"ל מבואר בכלבו דאין מערבין הביצים ביין ונותנים רק על ראשו ולא על אבריו של מת, וכל הטעם רק לסימן שהקברנים שהם מחוץ לעיר ידעו ויכירו שהוא ישראל, והשתא שבני חברא קדישא מלוין את המת ומוליכין אותו לבית הקברות א"צ לסימן זה, :

ועיין בח"ס בתשו' הנ"ל אודות קימוץ ידים ונתינת געבליך לידי המת, כ' הח"ס שלא מצא בחכמת אדם מזה ומצדיק המנהג ע"ש ואני מצאתי בחכמת אדם בסוף במצבת משה אות ח' מביא בשם הרוקח ה' אבלות סי' ש"ז וספר חסידים ורבנו ירוחם כולם כתבו שיש לבדוק שלא יקפוץ המת אצבעות ידיו, ובספר חסידים כ' שיש לפתוח הקבר לפשוט ידיו וקיים החכמת אדם שם שיש לבטל המנהג הזה ולהניח ידיו פשוטות ועל נתינת הגעבליך לידו כ' שזהו חוכא ואטלולא עכ"ל:

ועיין בתשו' אמ"ו בח"ס סי' שכ"ח שעכשיו שיצא הדת שצריכין להמתין ממיתה עד הקבורה ג' ימים, יש לטהר המת קרוב למיתה ולא סמוך לקבורה שאז ריחו רע ומכוער ויש לחוש שירחקו העוסקים ממנו, ואחר הטהרה יכרכו סדין סביב לצוארו שאם יצא דבר מאום מפיו שלא יתלכלכו התכריכין, וקודם הקבורה נוטלין הסדין ומקנחין פיו אם נמצא איזה דבר עליו:

סימן שנ"ג

א' סעי' ב' אין מניחין ס"ת על מטתו של חכם, עיין במנחות דף ל"ב ע"ב דפליגו שם ר' חלבו בשם ר"ה ורבה ב"ח בשם רבי יוחנן לר"ח אסור לישב ע"ג מטה שס"ת עליה ולרבה בב"ח מותר והרמב"ם בה' ס"ת פרק י' ה"ו פוסק כר"ה דאסור לישב וכן פוסק הש"ע בי"ד סי' רפ"ב סעי' ז' ולכן פוסק כאן דאסור להניח ס"ת אמטתו של ת"ח כסוגי' דמ"ק דף כ"ה, אבל לתוס' במנחות ל"ב ד"ה דאמר רבה שפסקו כר' יוחנן דמותר לישב הלכה כרבה בב"ח דבעי בב"ק דף י"ז מר' יוחנן אי מותר להניח והשיב דמניחין ס"ת ואפילו קיים זה מה שכתב בזה אמרינן רק לימד לא אמרינן וליכא קמא שם דמפקינן ס"ת ואנוחי לא מנחינן אתי' כר' חלבו בשם ר"ה:

ב' שם סעי' ד' תינוק בן ל' יום עיין בה' שמחות לרבנו מאיר מרוטנבורג בסי' ל"א שכ' כל ל' יום תינוק יוצא בחיק ולא בעי עשרה ובג' סגי' ע"ש דכ' בהדי' דבעי בתינוק תוך ל' ג' בני אדם ולמה אין משגיחין עתה על זה, עתה נוטל השמש דחברא קדישא התינוק בתוך ל' בחיקו לבדו והוא אחד ואין שני להחזירו כ"א הוא לבדו קובר התינוק בבית הקברות:

ג' סעי' ו' תינוק שמת קודם שנימול עיין בספרי אות ברית על ה' מילה בסי' רס"ג שהארכתי שם דרק בסתם ולד דרוב ולדות בני קיימא הן צריכין למול קודם קבורה ולא נפל ודאי שנולד בן ח' דהא אמרינן בשבת קל"ו דמילת בן ח' הוה כמחתך בבשר בעלמא, דלא כתשו' נב"י ח"ב בי"ד סי' קס"ד דפשיטא ליה שאף בבן ח' שמת קודם מילה דצריכין למולו ואם שכחו למולו צריכין לפתוח הקבר ע"ש ובכל אופן נראה מליסנא דר' נחשון שמביא הטור כאן ומליסנא דש"ע דרק כשנולד חי ואח"כ מת צריכין למולו על קברו אבל כשנולד מת א"צ למולו על קברו, ועיין במדרש פ' וירא אמר ר' לוי לעתיד לבא אברהם יושב על פתח גיהנם ואינו מניח אדם מהול לירד ואותן שחטאו יותר מדאי מעביר הערלות מהתינוקות שמתו עד שלא מלו ונותנן עליהן ומורידן לגיהנם ע"ש לפ"ז הסרת הערלה מהתינוקות י"ל שאינו לתיקון התינוק כ"א להציל החוטאים שלא יהי' לאברהם ערלות ליתן עליהם להורידן לגיהנם, ולפ"ז י"ל שגם לתינוקות שנולדו מת יש להסיר ערלתם שלא יקח אברהם ערלה שלהם, ואם שכחו למולו אין פותחין הקבר להסיר ערלתו כיון שההסרה אינה לטובתו כ"א לטובת אחרים ודלא כתשו' נב"י שהבאתי, והנה בש"ע מבואר שגם

קורין

קורין לו שם על קברו ע"ש לפ"ז אף בנקבות שמתו קודם שקראו להן שם יתנו לה שם קודם קבורה:

סימן שנ"ד

א' סעי א' מוציאין את הראשון, עיין בפתחי תשובה שמביא בשם תשו' ברית אברהם בא"ח סי' י"ד דמש"ה צריכין לקבור תחלה, מי שמת ראשון משום שחל החיוב מיד כשמת לקברו ואז השני עדיין חי היה ע"ש שמסופק בב' מתים בשבת דליכא חיוב לקברו אם צריכין להקדים מי שמת ראשון ע"ש ובאמת גם בשבת צריכין להשגיח על המתים להביא ארון ותכריכין וחלילין ושאר צרכי קבורה ועיין בירושלמי ברכות ר"פ מי שמתו דאפילו בשבת פטורין הקרובים ממצות כשצריכין להשגיח על המתים ובלא"ה לא נראה לי טעמו של ב"א דהא חיוב הקבורה חל על קרובים של מת ובכל מת יש קרובים שונים ורק באדם אחד שייך סברתו דהחיוב שחל עליו תחלה צריך לקיים תחלה, לכן הטעם שני של' ב"א הוא העיקר משום נוול ומה"ט מקדימין אשה לאיש שהיא קרובה להתנוול מאיש וכשמת חכם וע"ה מקדימין לת"ח דעשה דכבוד התורה עדיף, ולפ"ז אם ב' אנשים מתו בבת אחת שוים או ב' נשים איך יש להתנהג בקבורתם, בפרט בכה"ג בדליכא עוד זמן לקבור שניהם באותו יום וצריכין להלין לא' מהם למי נשהה, ויש לאמר דיש להתבונן אם אחד מהם הוא כחוש והשני איש שמן ובעל בשר אז הנוול קרוב יותר בהשני ויש להקדימו, וגם המחלה שמת אדם על ידה גורמת פעמים רבות להקדים הנוול כגון מחלה (וואסער-זוכט) ויש מחלות שאין מקרבין הנוול, ובב' נשים שמתו מקדימין ילדה לפני זקנה שמסולקת בדמים ואינה מעוברת למעוברת, ובלא זה יש לעשות גורל מי שיעלה ראשון נקבר ראשון:

סימן שנ"ז

א' בסעי' א' מצאתי בתשו' שאגת ארי' ח"ב שנדפס מחדש שהוכיח מב"מ דף קי"א ע"ב מרב דאמר שכיר שעות דלילה עוברין בבקר על לא תלין ה"ה במת שמת בלילה צריכים לקוברו בלילה ובבקר עוברין על לא תלין עש"ה ולדעתי אין להוכיח משם לכאן דבשכירות דאינה משתלמת אלא לבסוף מיד כשהשלים השכיר מלאכתו חייב השוכר לשלם לו ואם לא שילם עובר כשהגיע הבקר, אבל במת יש לאמר דזמן קבורת המת אינו אלא ביום ולא בלילה דלילה זמן שינה הוא וליכא מתעסקין ומלוין כדי לכבדו והתורה חסה על כבוד המת דלכבודו מותר לעבור בלא תלין והתורה אמרה קבר תקברנו ביום ההוא ולא תלין נבלתו שאם מת ביום צריכין לקברו באותו יום ולא לשהותו עד שיעבור לילה עליו אבל כשמת בלילה י"ל אין צריך לקברו בלילה וממתינים עד אור הבקר אז יה' לו מתעסקים ומלוים לרוב, ועיין בפתחי תשובה סק"א שמביא בשם הרדב"ז החדשות סי' ש"א שאין עוברין במקצת לילה דלא כש"ח, ועיין בשערי דיעה כאן שמביא הכה"ג בשם הרדב"ז ח"ב סי' כ"ג שכ' דבשאר מתים שאינם הרוגי ב"ד ליכא מ"ע דקבור תקברנו ביום ההוא ע"ש והשע"ד תמה עליו מלשון הש"ס ומרמב"ם וטור וסיים בצ"ע ע"ש ועיין ברמב"ן בפ' תצא שכ' בארץ ישראל יש ב' לאוין לא תלין ולא תטמא ובח"ל איכא חד לאו דלא תלין ועשה ע"ש אך במשנה דסנהדרין דף מ"ו ובגמרא שם לא הוזכר מעשה רק דעוברין בלאו דלא תלין ויליף שם ר' יוחנן מקבור תקברנו לרבות שאר מתים דעוברין בלאו דל"ת, ועיין בתשובת חוות יאיר סי' קל"ט שהק' הלא קבר תקברנו אינו אלא עשה ותירץ דהריבוי קאי על הלאו דל"ת ע"ש ועיין ברמב"ם בפט"ו מה' סנהדרין הלכה ז' וח' אם לן עוברין עליו בל"ת שנאמר לא תלין ומ"ע לקבור את כל הרוגי ב"ד ביום ההריגה שנאמר קבור תקברנו ביום ההוא ולא הרוגי ב"ד בלבד אלא כל המלין את מתו עובר עליו בל"ת ע"ש מבואר דרק בהרוגי ב"ד איכא עשה ול"ת ובשאר מתים ליכא אלא לאו דל"ת ולא עשה, ובפרק ד' מהלכות אבלות ה"ח כ' וכל המלין את מתו עובר בל"ת וע"ש בלח"מ שהק' למה לא הזכיר דגם עשה איכא ע"ש והעלים עינו מהרמב"ם ה' סנהדרין שהבאתי וזהו שאמר הרדב"ז דבשאר מתים ליכא עשה רק ל"ת וכ"מ כ' הרדב"ז החדשות סי' ש"א דאם אינו מלין את המת כל הלילה רק מקצת הלילה אינו עובר בל"ת דלא תלין היינו כל הלילה ועשה ליכא וע"ז כ' הרדב"ז דליכא שום איסור אם לא נקבר באותו יום שמת והמתינו עד תחלת הלילה וקושי' השע"ד מרמב"ם וטור לק"מ על הרדב"ז:

ועיין בשאגת ארי' ח"ב שם שהוכיח מב"מ דף י' ע"ב דאמרינן שם דצריכין עד בקר שלא לעבור בלא תלין כ"א בבקר ראשון ולא בבקר שני, וכיון דהכא לא כתיב עד בקר עוברין בכל לילה בלא תלין ובעשה דקבר תקברנו עש"ה ויש לחלק בין הנושאים, התם כיון דאליו הוא נושא את נפשו וחיותו תלי' בשכרו הדעת מכרעת לעבור בכל לילה ולילה צריכין קרא לפטור, אבל במת י"ל הלאו דל"ת משום שהמת יתנוול בלילה וצותה התורה לקבור המת קודם שיתנוול, אבל כשכבר עבר לילה ראשונה עליו כיון דנתנוול שוב אין עוברין בכל לילה וא"צ קרא למעט, ועפ"ז אין מקום למה שכ' בחוות יאיר סי' קל"ט בגנב שנתלה והמושל אינו מניחו לקבור עד שיתנו לו ממון הרבה דצריכין לפזר

לפזר ממון הרבה שלא לעבור בכל לילה ולילה בשעה וצ"ת ע"ש כיון דעבר לילה ראשונה שוב אין עוברין עוד ואין צריכין לפזר ממון:

סימן שנ"ח

א' סעי' א' נושאי המטה, עיין בש"ך סק"א דעוסק במצוה פטור ממצות, וראיתי בס' מגן גבורים על ש"ע א"ח בסי' ע"א סק"א שכ' לפי הטעם הזה אם התחיל להתפלל ובתוך התפלה שמע שמת לו מת לא יפסיק דכיון דעוסק במצות תפלה פטור ממצות קבורת מתו עד שיגמור ע"ש ונראה דיש לחדש בזה לחלק בין מצות למצות הלא חז"ל אמרו אין יה"כ מכפר אלא במצות שבין אדם למקום אבל במצות שבין אדם לחבירו עד שירצה את חבירו, ה"נ י"ל דנהי עוסק במצוה שבינו לבין קונו פטור ממצות אחרות שבינו לבין קונו, אבל ממצות שחייבים לשאר בני אדם לא נפטר דאף שהשי"ת מוותר על מצותיו שנוגעין רק לו לבדו אינו מוותר על מצות שחייבים לבני אדם, ואם עוסק במצוה שחייב לאחרים אז י"ל שפטור ממצות שחייב לשאר ב"א דמאי חזית דדמא דידך סומק טפי דלמא דמא דחברך סומק טפי ולמה יפסיק, ויש להביא ראי' לזה מסוכה כ"ו דתני' שם כותבי ס"ת ותפילין פטורים מק"ש ותפלה ומכל מצות האמורות בתורה ויש לדייק כיון דתני מכל מצות הלא גם ק"ש ותפלה נכללות בהן ולמה פרט, ועפמ"ש ניחא דסד"א שפטור מכל מצות אף ממצות שבינו לבין אחרים לכן מקדים לפרוט ק"ש ותפלה ואח"כ נקט מכל מצות דומי' דק"ש ותפלה שהן בינו לבין קונו, ובזה מיושב קושי' תוס' בשבועות דף מ"ד ע"ב ד"ה ר' יוסף שהקשו לר"י דסובר שומר אבדה הוה כשומר שכר איך אמרינן בר"ה כ"ח בתק"ש ובטבילת מצוה מצות לאו להנות ניתנו הלא הכא שפטור אז מליתן פרוטה לעני ע"ש ולפמ"ש ניחא דרק בשומר אבדה דעוסק במצוה שבינו לבין אחרים פטור ממצות צדקה שחייב לעניים, אבל בעוסק במצות תק"ש או בשאר מצוה שחייב לקונו אינו פטור ממצות צדקה לעניים, לפ"ז אם מתפלל ושמע באמצע תפלתו שמת לו מת אינו פטור ממצות קבורת מתו וחייב להפסיק, ורק בהיפך כשעוסק בצרכי קבורה פטור מכל המצות אף ממצות שבינו לבין קונו דהשי"ת מוחל על כבודו, וע"ש במגן גבורים סק"ב שתמה על תשו' מהריט"ץ דאם מתו אשה וקטנים דפטורין ממ"ע שהז"ג וקטנים מכל מצות דיכולין לקרות ק"ש ותפלה לפניהם וליכא משום לועג לרש והקשה מברכות י"ט דמקשינן שם מר' יוסף הלא ר' יוסף הי' סומא ור' ירוחם הובא בב"י א"ח תע"ג פוסק דסומא פטור ממצות וליכא גביה משום לועג לרש ושפיר יכלו לקרות ק"ש בשעת שהתעסקו עמו ע"ש וקיים שהיא קושי' נפלאה ע"ש ואני אומר שאף ריח קושי' ליכא דעיין בב"ק פ"ז דרוב הראשונים שם פוסקים דסומא חייב במצות וכתבו דאפילו לר' יודא חייב הסומא עכ"פ מדרבנן ור' ירוחם הוא כמעט יחיד בזה ומה לו להריט"ץ בדעה יחידית של ירוחם:

ב' שם סעי' ב' עיין בטור כאן שתמה על אביו הרא"ש למה אינו מביא הך תירץ של הגמ' בברכות דף י"ט דמותר להוציא אדם חשוב אף בדליכא שהות לקרות ק"ש ואף הרי"ף לא הביא הך דינא, וע"ש בב"י ובאחרונים שתירצו כיון דהשתא ליכא ת"ח לחייב המצוה אותו בליטרא דדהבא ה"נ גם בזה לית לן ת"ח ע"ש ולדעתי אם הגמרא הי' אומר ת"ח שאני הי' מקום לתירוצים אבל הגמ' מתרץ אדם חשוב שאני ומעולם לא שמענו דבזמננו ליכא אדם חשוב, ונראה דעיין בירושלמי בברכות שם הלכה ב' שהק' על הברייתא דתני אין מוציאין את המת סמוך לק"ש ממתניתין שם ותירץ תפתר באילון דהוה סברי דאית ביה עונה ולית ביה עונה ע"ש והנה לתירץ בבלי לא היה מקום לקושי' הירושלמי ממתניתן הלא באדם חשוב מוציאין אפילו בדליכא שעות, ולתשוות שני התלמודים שלא יחלוקו זע"ז, נראה דתירץ הירושלמי שייך באדם חשוב שמרבים בכל מיני כבודים בשעת קבורתו אז מסתמא שחשבו שיהי' שעות לקרא ק"ש וע"י רוב הכבודים שנעשה למת נמשכה קבורתו כ"כ שלא נשאר עוד זמן לקרות ק"ש, אבל במת מהמוני עם שקוברין אותו בלי שום כיבוד מוליכין אותו לבה"ק ונותנין אותו לקבר בקל נוכל לידע ולשער אם ישאר עוד זמן לק"ש, לפ"ז י"ל תירץ הגמ' אדם חשוב שאני היינו כתירץ הירושלמי דבאדם חשוב יש לטעות כמ"ש שתהי' עונה לק"ש ולכן לא הביאו הרא"ש והרי"ף תי' הגמרא לדין בפני עצמו:

סימן שנ"ט

א' סעי' א' שהנשים נהגו עתה לילך אחרי המטה ואין לשנות, ובסעי' ב' פוסק המחבר כהזוהר שיש למנוע מלצאת נשים לבה"ק אחרי המטה וב' סעיפים נראים כסותרים זא"ז, והנה על הזוהר שנתחבר מר' שמעון ב"י היה מקום לאמר שסובר כר' יודא בסנהדרין כ' דלעולם הנשים לפני המטה ולכן כ' דיש למנוע שלא ילכו הנשים אחרי המטה, אך על הש"ע עדיין קשה דמזכה שטרא לבי תרי, ועיין בש"ך סק"ב שמתרץ דאצל הלויה יכולין הנשים לילך אחרי המטה אבל לבה"ק לא ילכו ע"ש וטעמא דמלתא י"ל דבכל אופן לא ילכו האנשים עם הנשים יחדיו מעורבין כ"א או הנשים ילכו לפני המטה והאנשים אחרי המטה או בהיפך, ובעת שמלוין את המת יוכלו לחלק ולהפריד

עצמם

עלמא בדרך זה, אבל בבה"ק שמסבבים כולם הקבר אי אפשר בלי תערובת אנשים ונשים יחדיו, ויש לאמר דיש חילוק בין אם המת הוא איש או אשה, באיש א"צ לנשים כלל וכל התעסקות עמו נעשה ע"י אנשים יש למנוע הנשים, אבל באשה שצריכים נשים לטהר ולהלביש האשה והמתחיל במצוה אומרים לו גמור אין למנוע הנשים אם ירצו לגמור המצוה לילך אחרי המת לבה"ק ולהתעסק עמה גם בקבורה, ועיין ביד שאול שמביא בשם תשו' בית יעקב לחלק בין מיתה טבעית ולמי שנהרג דרק במיתה טבעית שולט מלאך המות והוא השטן ויצר הרע, אבל בנהרג אין המלאך המות שם ואין לחוש, וה"ק לפ"ז מאי מוכיח הגמ' בסנהדרין כ' מדוד המלך שהלך אחרי המטה שהנשים לעולם לפני המטה הלא אבנר נהרג ואין לחוש אם אנשים ונשים יחדיו ילכו ע"ש והעלים עינו מרש"י שם ד"ה ר' יהודא שכ' ואי ס"ד נשים אחר המטה אורחיה דדוד להולך עם הנשים ע"ש משום שהי' מלך ולא משום תערובות אנשים ונשים, וע"ש עוד ביד שאול שהק' על תוס' בסנהדרין כ' שכתבו בד"ה נשים כיון דשעת צער היא ליכא למיחש להרהור כשהולכות לפני המטה, הלא בקדושין דף פ' ע"ב פליגי בזה אבא שאול ורבנן והלכה כרבנן דאף ע"י אנינות לא תבר יצריה, ועיין באור זרוע ה' אבלות סי' תכ"ב שכ' דהלכה כאבא שאול ולא כרבנן, אך ע"ש שכ' דגם לאבא שאול רק בקרובים תביר לביהו אבל ברחוקים לא ועדיין קשה, ויש לעיין על הא"ז שם שכ' הלכה כא"ש דמסתבר דקלא במתרעם על מדותיו ע"ש ק' הלא מסקינן שם בקדושין דגם לרבנן הפי' בקלא כן רק משום השם שיעשו עצמן כאלו נושאים תינוק מת ויהי' חי ע"ש ועל קושי' יד שאול י"ל הלא דשם ביחוד דאש בנעורת ואינו מהבהב וביחוד משום דהתאוה חזקה סוברים רבנן דאף אנינות לא תביר יצריה, אבל תוס' דקאי על שהולכין הנשים לפני המטה והאנשים אחרי המטה ויביטו אחרי הנשים דאין כאן יחוד ואין לחוש רק להרהור בעלמא די שעת צער לבטל ההרהור, שנית ע"ש בקדושין ברש"י ד"ה ורבנן דכ' דגם רבנן מודים לא"ש דתביר יצריה ע"י אנינות רק דיש לחוש שלא תהי' אנינות ויעשו עצמן כאלו נושאים תינוק מת ויבואו לידי עבירה כי האי עובדא בהאי אתתא שנשאו תינוק חי ע"ש ודאי לק"מ קושיתו, ויש לעיין לפמ"ש הרמב"ן בתה"א בענין האבלות בתינוק שמת בתוך ל' יום ללידתו משום דהוה ספק בן קיימא אין לבו של אדם דוה עליו ולא שייך ביה ואחריתה כיום מר לכן אין מתאבלין עליו ע"ש איך אמרינן לרבנן בתינוק עד שלשים יום הטעם משום דאנינות תביר יצריה הלא עד ל' אין לבו של אדם דוה עליו כלל ואין כאן מרירות, ולפמ"ש תוס' במ"ק דף כ"ד ע"ב ד"ה ואין אומרים עליו די"ל דמיירי בידעינן שכלו לו חדשיו אתי שפיר. אבל לפירש"י הקונטרס שהביאו תוס' שם דמיירי בלא כלו חדשיו קשה:

ודע דיש ליישב הסתירה שהקשתי מש"ע סעי' א' לסעי' ב' דאנינות נוהגת בנשים כמו באנשים כמבואר בסי' שמ"א מי שחייב באבלות חייב באנינות וכל צרכי קבורה מוטלין על הנשים הקרובות כמו על האנשים וכיון שכל צרכי קבורה מוטלין עליהן ודאי אין למנען ללות קרוביהן לבה"ק לקבור מתיהן כאשר מוטל עליהן, ורק בנשים שאינן קרובות למת והן רחוקות יש למנען ללות לבה"ק כמבואר בזוהר:

סימן ש"ם

א' סעי' א' בש"ע מקדימין ומכניסין הכלה לחופה, עיין ברמב"ם בפי"ד מה' אבל ה' ח' שכ' מי שהי' לפניו מת וכלה מניח הכלה ועוסק במת, ותמהו עליו מברייתא דכתובות דף י"ז דתני מעבירין המת מלפני הכלה, ועיין בפרישה כאן שמתרץ דהרמב"ם מפרש מעבירין מקדימין כמו שאמרו מברכין עובר לעשיתן ויעבור את הקושי' ע"ש ודבריו תמוהים הלא בברייתא דמס' שמחות פ' י"א תני מעבירין את המת מלפני הכלה מפני שכבוד החי קודם לכבוד המת ולפי פירושו נהפך הוא דכבוד המת קודם, ויש להליץ בעד הרמב"ם עפ"י מה שכ' הרמב"ן בתה"א בענין הוצאה ונפסק בש"ע כאן דבמת מצוה ודאי מקדימין המת להכנסת כלה ע"ש וי"ל ע"ז כיון הרמב"ם באומרו בלשונו הי' לפניו מת וכלה, היינו שהמת רק לפניו ולא לפני אחרים שאין לו קוברים בכה"ג מקדימין את המת לכלה, וע"ז כ' אח"כ מת וכלה שפגעו זה בזה מעבירין המת מלפני הכלה היינו במת סתם שיש לו קוברין כדי צרכו אז מקדימין הכלה ויש לעיין היכא דאי אפשר לקיים שניהם קבורת מת והכנסת כלה עד צאת הכוכבים אם גם בכה"ג מקדימין הכנסת כלה, דעיין בגליון ש"ס בסנהדרין מ"ו ע"ב דהגירסא בילקוט דעוברין גם בעשה דקבור תקברנו ביום ההוא ע"ש לפ"ז אם אין קוברין בו ביום עד צאת הכוכבים עוברין בהאי עשה והחופה יכולין להעמיד אף אחר צאת הכוכבים כמו שעושין במדינות פאלען שמעמידים החופה בלילה, ואף לפי הגורסא של גמ' דידן דליכא אלא לאו דלא תלין אם קוברין בתחלת הלילה אין כאן לאו דעדיין לא עבר הלילה, ג"כ יש לאמר שנקדים קבורת המת בתחלת הלילה שלא לעבור בבל תלין והחופה יכולין לעשות אח"כ, אם לא שנאמר דכל לאו דלא תלין אינו אלא משום כבוד המת שלא יתנוול דמה"ט אם הוא לכבודו יכולין להלין וכיון דכבוד החיים עדיף מכבוד המתים מקדימין הכנסת כלה אם יש בזה כבוד החיים, ועיין בהפלאה בכתובות דף י"ז שדייק למה נקט מת וכלה ולא נקט מת וחתן עש"ה מה שתירץ, ונראה עפ"י מה שכ' השאלתות בפ' בראשית הביאו

הרמב"ן בשער הגמול שהכנסת כלה עדיף משום לא לתוהו בראה לשבת יצרה ע"ש לפ"ז י"ל לא מבעי דחתן שמצווה בתורה בעצמה מפורשת דפרו ורבו שמקדימין אותו, אלא אפילו הכלה דלא מפקדא אעשה דפרי' ורביה בכל זאת כיון דאית בה לא לתוהו בראה לשבת יצרה מקדימין אותה:

סימן שמ"א

א' סעי' א' מבטלין ת"ת להוצאות המת למאן דמתני לאחרים, עיין בפני יהושע בכתובות דף י"ז שהק' על תוס' שם ד"ה להוצאת המת שתירצו דמת מצוה לאו דוקא הלא י"ל דדוקא הוא והתם במת דלא קרא ותנא אין מבטלין ת"ת ולכן בעי מת מצוה דוקא ע"ש נראה דעיין במג"א סי' תרכ"ז סק"ד שחולק על הרמ"א שם וסובר דמת מצוה הוה כשאין לו קוברין ע"ש והנה בלא קרא ותנא בדליכא עשרה מבואר בש"ע כאן דמבטלין ת"ת בשביל הוצאתו, לפ"ז ממ"נ אי ליכא עשרה הלא גם בלא קרא ותנא מבטלין ת"ת, ואי איכא עשרה איך קרי ליה מת מצוה הלא לא נקרא מת מצוה אלא באין לו קוברין ובעשרה הא יש לו קוברין, ובזה ק' ג"כ על מה שתירצו תוס' במגילה דף ג' ע"ב ד"ה מת מצוה דלריכין קרא דלא קרא ותנא הלא בדליכא עשרה מבטלין ובדאיכא עשרה אינו קרוי מת מצוה, והנה להך שיטות שמביאי' רא"ה וריטב"א והרא"ש בכתובות שם דמבטלין ת"ת אינו אלא רשות ולא מצוה ע"ש לא קשה קושי' תוס' דלריכין קרא דלאשמועינן לחייבו במת מצוה, וע"ש שמביאין ראי' לפירושם מדתני' דאמרו עליו על ר' יהודא ב"א שהי' מבטל ת"ת להוצאות המת, ואי היה חיוב לבטל מאי רבותא דר"י ב"א ע"ש ונראה די"ל דמבטלין ת"ת חיוב איכא אבל רק בת"ת דיחיד שעוסק לבדו בתורה, אבל בת"ת דרבים ליכא חיוב דבלא מתני רק רשות, ועל זה מייתי מר"י ב"א שלמד ברבים כמבואר בסנהדרין דף כ' אמרו עליו על ריב"א שהיו ששה באמה ועוסקין בתורה ע"ש ואף דליכא חיוב לבטל ת"ת דרבים היה הוא מבטל להוצאות המת, ובזה נדחה גם ראיתם שהביאו מהירושלמי פרק בתרא דכלאים אין מדקדקין לא במת בבהמ"ד, ר' יוסי הוה יתב ומתני והוה תמן מתיא מאן דנפק לא אמרו ליה כלום ומאן דיתיב לא אמרו ליה כלום כיון דהתם היה ת"ת דרבים הוה רשות או לבטל או שלא לבטל כל אחד כרלונו, וכל זה רק בדקרא ותנא שלא למד ברבים, אבל בדמתני שלומד ת"ת ברבים לריכין לבטל אף מת"ת דרבים כן נראה לענ"ד, ועיין בטור כאן שפירש על מאן דמתני היינו שסיים ת"ח וזהו עפמש"א חז"ל הרבה למדתי מרבותי ומתלמידי יותר מכולם, וכיון שסיים ת"ח והסכים את רבותיו למדו רבותיו ממנו לכן נקרא מתני:

ב' שם בהג"ה וי"א דעכשיו מן הפסח מבטלין שאין לך אחד מישראל בזמן הזה שאינו במקרא או במשנה כן כ' הסמ"ג, ועתה בעו"ה נהפך הדבר, בזמן הסמ"ג וגם בזמן הרמ"א היה כן בכל בתי ישראל עסקו בתורה וכולם היו במקרא ובמשנה עכ"פ, אך בדורנו התורה מונחת בקרן זוית אין דורש ואין מבקש לה, האבות מואסים בתורת ה' ומכניסים את בניהם ללמוד לשונות שונות וזרות וחכמות חלוניות להתפאר לעיני הנכרים אבל בלשוננו הקדושה לשון הקודש לא יכינו ללמד אותם אין להם ידיעה בתורה שבכתב והרבה מבניהם אשר לא יבינו לקרא בסדור התפלה ולא יתפללו, ונתקיים בדורנו מה שאמר רב בשבת דף קל"ח ע"ב עתידה תורה שתשתכח מישראל שנאמר והפלא ה', ומביא ראי' מישעי' קפי' כ"ט שנאמר ואבדה חכמת חכמיו ובינת נבוניו תסתתר ע"ש לא כמו שאמרו בכרם ביבנה שעתידה תורה שתשתכח מישראל עפ"י קרא דעמוס ח' לא רעב ללחם ולא למא למים כ"א לשמוע דבר ה' ישוטטו לבקש דבר ה' ולא ימצאו הלכה ברורה ומשנה ברורה, כ"א בתורת ה' מאסו ואבדה החכמה מהחכמים כהבאר אשר לא ישתו ממימיו שנסתרה ונתעפש ככה לא יוכלו לשמש בחכמתם להשמיע לאחרים תורה ומוסר כי יפנו אליהם עורף ולא פנים, והנבון יסתיר בינתו שלא יבזו אותו ולא ילעיגו עליו כך עלתה בימינו, לכן בזמננו סתמא אינו במקרא וכ"ש שאינו במשנה וא"צ לבטל מת"ת רק כשנודע שהוא מהמיעוט שקרא ותנא:

סימן שמ"ב

א' סעי' א' בש"ך סק"א כ' שיכולים לקבור בארון נקוב מלמטה ע"ש ונשאלתי מגבאי דח"ק פה אם יש לשנות ממה שנהגו עד עתה לעשות ארון של נסרים מב' לדדים וכיסוי מלמעלה אבל למטה השכיבו המת על הקרקע אם לעשות ארון שלם גם קרש למטה ורק לנקבו מלמטה כמ"ש הש"ך, והשבתי שלא לשנות דעיין ברמב"ן בתה"א בענין הקבורה שכ' על הירושלמי פרק בתרא דכלאים שלוה רבנו הקדוש לקברו בארון נקוב מלמטה פירושו שיטלו דף התחתון שבארון וישכבוהו על הארץ שקבורת קרקע מצוה ואפילו בחולה לארץ ע"ש וכן כתב ר' ירוחם חלק חוה נתיב כ"ח חלק א' כהרמב"ן, ועיין בב"ח כאן שפירש דברי הטור שיפה יותר לקברו בארץ בלא ארון מלמטה כדי שיהא גופו של מת נוגע בארץ וכן כ' הלבוש כהרמב"ן, ועיין בפרישה שכ' מ"מ טוב ויפה להניחו ע"ג ארץ בלי לוח מתחתיו, ועיין בריטב"א במועד קטן דף ח' שכ'

שכ' שם על המשנה וארון עם המת בחלל מפני שאין בארון צורך כל כך כי יותר מצוה לקבור בקרקע ע"ש ועיין שם בר"ן שכתב לפי שאין דרך לעשות ארונות לרוב המתים ע"ש מכל זה נראה שלא לשנות ממנהג הקדוש כ"א יניחו המת למטה על גבי קרקע ממש בלי שום מחילה ע"י דף:

ב' שם סעי' ה' אין קוברין רשע אצל צדיק, עיין בב"ח כאן שהקשה על האור זרוע בה' אבלות

סי' תכ"ב שכ' שם לא די דליכא מצוה להתעסק בצרכי קבורה של רשע כ"א איסורא איכא והקשה הב"ח מסנהדרין דף מ"ז דאמרינן שם דאין קוברין רשע אצל צדיק מוכח להדי' דמתעסקין בקבורתו של רשע רק שאין קוברין אותו אצל צדיק, ומהך דאין קוברין רשע חמור אצל רשע קל מוכח דמתעסקין אפילו עם רשע חמור ע"ש שמחלק שאין מתעסקין לעשות לו תכריכין וארון ושאר צרכים רק שמניחין אותו בקבר בלי תכריכין עש"ה ועיין בש"ך סי' שמ"ה סק"א שמביא בשם תשו' רשב"א סי' תשס"ג הא דאמרינן שאין מתעסקין בו לכל דבר היינו לענין תכריכין וקבורה רק שאין קורעין ולא חולצין עליו ע"ש מבואר ברשב"א נגד האור זרוע שהוא מביא ראי' מהך שאין מתעסקין עם אותן שפירשו מדרכי הציבור לכל דבר משמע אפילו לקבורה ע"ש וברשב"א מבואר דלאו לענין תכריכין וקבורה רק לענין שאין קורעין וחולצין עליו, ושאר ראיות שמביא האור זרוע שם הלא מהירושלמי דתלומות מטבח אחד שהי' מאכיל לישראל טרפות ונבלות ומירבעם שנגזר עליו ועל ביתו שלא יבואו לקבר ע"ש הנך השטיאו רבים הטבח האכיל לרבים טרפות ונבלות וירבעם העמיד עגלים והסית את העם לעבוד ע"ז והמחטיא רבים אין מספיקין בידו לעשות תשובה, ועדיין י"ל רשעים שהרשיעו רק לעצמן ולא החטיאו אחרים שעוסקין בקבורתן, עיין בתשו' אמ"ו בחתם סופר בי"ד סי' שמ"א שכ' שאף מי שהמיר עצמו קוברין אותו בבית הקברות רק שאין קוברין אותו אצל אחרים שאין קוברין רשע אצל צדיק ע"ש ועל קושי' הב"ח על הא"ז שהבאתי יש לתרץ חדא די"ל הא"ז קאי על רחוקים שאינם קרובי המת ולא מוטל עליהם לקברו, אבל קרוביו שחייבין מלד הדין לקבור מתיהם עוסקין אף אם הוא רשע בקבורתו, ועוד זאת עיין ברמב"ן בתה"א בענין הקבורה שאפילו אם הקרובים לא ירצו לקברו והוא צוה שלא לקברו כופן אותן משום בזיוני דכולי חיי ע"ש ואיך נימא שאסור לקבור את הרשע, אלא כוונת הא"ז שלא יתעסקו בו ישראלים כ"א יניחו אותו לקברו ע"י נכרים כמו שעושין בי"ט ראשון ולא יניחו אותו לקבור אצל צדיק כ"א רחוק ממנו, ועיין בב"ח שכ' דכהן לא יטמא עצמו למת מצוה כשהוא רשע, ועיין בתשו' בני ציון מהגאון מהר"י עטלינגר תשו' קי"ג שכ' שם ראי' להגהות מיימוני נגד המג"א סי' תקכ"ו שמשיג על

הגה"מ דיש חיוב לקבור נפל ממש' שמחות שמביא הרא"ש בפ' אלו מגלחין המחותך והמסורס והנפלים אין מתעסקין עמו לכל דבר מדקאמר אין מתעסקין עמו מפורש שא"צ לקבור נפלים ע"ש ונעלם ממנו דברי תשו' רשב"א תשס"ג שהבאתי שכתב שאינו לענין תכריכין וקבורה רק שאין קורעין ולא חולצין עליו ולעולם י"ל כמ"ש המג"א שחייבים לקבור נפלים:

ג' שם סעי' ו' במחבר שנים שהיו שונאים זה לזה אין לקוברן יחדיו, ק' לי

משמואל ב' סוף קפי' ד' שנאמר שם שקברו את ראש איש בושת בקבר אבנר, הלא אבנר שנא את איש בושת כמבואר שם בקפיטל ג', וגם דוד ידע מזה כי אבנר בא לדוד ואמר לו את מחשבתו ואיך הניחו דוד לקבור בקבר אבנר:

סימן שס"ג

א' סעי' א' עיין בט"ז סק"ב ובש"ך סק"ב שכתבו ובתוך שלו מותר פירש שאם שוכבים בני משפחתו

ע"ש מדבריהם נראה דבתוך שלו היינו אם אבותיו או בני משפחתו קבורים שם מותר לפנותו מקברו, אך מירושלמי סוף פרק ב' דמועד קטן לא נראה כן, דשם מביא הירושלמי תחלה דמותר ללאת בחול המועד מבית שאינו שלו לתוך בית שלו שמחה לאדם לישב בתוך שלו, ומביא ע"ז דגם במת שנקבר בקבר שאינו שלו מפנין משם לקברו בקבר שלו ע"ש וכשם שבבית ליכא מעליותא רק שהוא שלו ודאי גם במת די בכך אם נקבר בקבר שלו אף אם לא נקברו אבותיו ומשפחתו שם, ואו או קתני או אף לשאינו שלו למקום שנקברו שם אבותיו וחדא מהני, ויש לעיין אם מקרוביו לא נקברו שם רק אשתו וקרוביה אם גם בכה"ג מפנין לקברו שם אם נימא אשתו כגופו בכה"ג, ועיין בברכי יוסף כאן שכ' בפשיטות דכבר נודע דאיסור פינוי המת אינו אלא מדרבנן ע"ש לפ"ז יש להקל אף בכה"ג, אך עיין בחולין י"א ע"ב דמקשינן שם אקרא איך אמרה תורה להרוג הרוצח דלמא הנרצח טרפה הוא וכי תימא דבדקינן ליה הא קא מנוול ע"ש משם נראה דניוול איכא איסור דאוריתא ובפינוי איכא משום ניוול, אם לא שנח לק רק אם מנוולין המת בידים כגון שבודקין הנרצח אז איכא איסור דאוריתא, אבל כשמפנין המת מקברו ליכא ניוול בידים רק שהמת נראה בניוולו אחר שנסרח ונפסד י"ל דזה לא הוה אי' דאוריתא רק חז"ל החמירו אטו ניוול בידים:

ב' שם סעי' ו' עיין בספר בית הלל שהניח בצ"ע על הס"ע מב"ב דף קכ"ד ע"ב דאמרינן

שם דקימים עשוים להשתנות לאחר מיתה ולא מהני

הבדיקה והוה פתיחת הקבר ללא הועיל ע"ש ונראה דעיין שם בתוס' ד"ה ועוד שהקשו למה יש לנו לאמר שהוא קטן כיון שהגיע לכלל שנותיו הא אמרי' בנדה ל"ו חזקה הביאה סימנים ותירצו דהמעשה בבני ברק שהי' שם איירי שבדקוהו כשהגיע לכלל שנים ולא היה לו סימני גדלות ואיכא לספוקי שמא עדיין קטן היה ע"ש והנה קושי' תוס' צריך פירוש הלא בנדה שם אמרינן דחזקה דרבא מהני רק לחומרא דאינה יכולה למאן אבל לענין חליצה לקולא לא מהני החזקה ע"ש ואיך נסמוך על האי חזקה שיוציאו הלקוחות מהיורשים הנכסים שמכר ואחר שהקשתי מצאתי אח"כ בנב"י ח"א באה"ע סי' ס"א שתמה כן על התוס', ותירץ דרק בדאיכא לברורי אין סומכין על חזקה דרבא וכשמת וליכא לברורי עוד סומכין אפ"י להוציא ממון ע"ש ולי נראה דכונת תוס' על דבריהם הקודמים שם שכתבו דאם סימנים לאחר מיתה כמלאו כהוגן חיישינן שמא מחיים היו לבנים או שמא מחיים לא היו גומות ע"ש וע"ז סובבות קושיתם כיון דיש לן סימנים לפנינו נסמוך על חזקה דרבא שהם סימנים גמורים ולא כחוש שנשתנו ורק היכא דלית לן סימנים לפנינו אמרינן דאין לסמוך על חזקה דרבא לקולא שודאי הביאה סימנים אבל לחשש בעלמא שמא נשתנו ע"י מיתה פשיטא להוא דמהני חזקה אפילו להוציא מיד היורשים וע"ז תירצו דהתם איירי שבדקו אחר שהגיע לכלל שנים ולא היה לו סימנים וכיון דליכא חזקה חיישינן לשינוי, לפ"ז בכה"ג היכא שלא נבדק אחר שהגיע לכלל שנים סמכינן אחזקה דרבא ולא אמרינן סימנים עשוים להשתנות ובכה"ג אשמעינן השולחן ערוך כאן דאין לפתוח הקבר לבדוק בסימנים אף דלא חיישינן בכה"ג לשינוי:

סימן שס"ד

א' סעי' א' קבר בנין אסור בהנאה, עיין בתשו' מהרש"ם חלק י"ד תשו' כ' שמחליט שרק מת גופא אסור בהנאה מדאורייתא אבל כל שאר צרכי המת תכריכיו ארונו וקברו אינם אסורים מה"ת כ"א מדרבנן וראיתו מרמב"ם בפי"ד מה' אבל ה' י"ג שכ' שם דאין נוהגין קלות ראש בבית הקברות נראה דרק משום קלות ראש איכא וראי' שני' מה' כ"א שם דכ' המת אסור בהנאה חוץ משערו שמותר בהנאה מפני שאינו גופו וכן ארונו וכל תכריכיו אסורין בהנאה ומה שכ' שערותיו מותרין בהנאה היינו רק מה"ת אבל מדרבנן אסורין בהנאה וע"ז כ' וכן ארונו ותכריכיו ג"כ אסורין רק מדרבנן וכן הוכיח מתשו' רשב"א דעור של מת וכל שאר דברים אינם אסורים כ"א מדרבנן ולפ"ז פוסק בדאיכא ספק בהנך אמרינן ספקא דרבנן לקולא ע"ש ולפמ"ש מהרש"ם הי' מתורץ מה שהקשו על הטור כאן שכ' המוצא קבר בתוך שדהו ואינו יודע אם נקבר שם מדעת דמותר בהנאה ותמה הב"י על הטור איך נתיר מספק איסור הנאה ומביא בשם רש"י שפירש שיודעין בבירור שלא נקבר שם המת מדעת בעל השדה ע"ש ולפמ"ש מהרש"ם לק"מ דכל א"ה בקבר אף בקבר בנין רק בדרבנן ובספיקא אזלינן לקולא ומרש"י יש להוכיח דלית ליה כמהרש"ם וסובר דקבר אסור מה"ת בהנאה וצריכין לידע בבירור שלא נקבר מדעת בעלים ובספק אזלינן לחומרא, גם היה מקום לתרץ מה שהקשתי על שמואל בסנהדרין דף מ"ז מע"ז דף כ"ד דאמר שם ר' יוחנן בחפר בה בורות נאסרה ע"ש דהתם בחפר לשם ע"ז הוה א"ה דאורייתא אסרינן בחפר בה בורות אבל בקבר של מת דבכל אופן ליכא א"ה דאורייתא אף בחפר מותר, אך מה אעשה שדברי מהרש"ם תמוהים לי הלא משמואל סנהדרין דף מ"ז דיליף קבר מע"ז מדכתיב וישלך את עפרה על קבר בני העם מקיש קבר לע"ז ע"ש וכיון דאתקש קבר לע"ז וע"ז ודאי מה"ת אסורה איך נימא דכל איסורו של קבר אף בקבר בנין רק מדרבנן, שנית אי כל האיסור רק מדרבנן לא היה צריך שמואל ללמוד היתר ליקח מקברו דרב לרפאות אשתא בת יומא מקרא, הלא אף נאסרה קרקע עולם מדרבנן מותר לרפאות לחולה שאין בו סכנה בא' דרבנן כמבואר בפסחים כ"ה, שלישית הלא בין לאביי בין רבא ילפי' אורג בגד למת מקרא מגז"ש דשם שם לאביי ילפינן מעגלה ערופה דאפי' הזמנה מלתא ולרבא ילפי' מע"ז דהזמנה ל"מ אבל בהזמנה ומעשה ילפינן מע"ז כמו דמשמשי ע"ז נאסרו מה"ת דקרא דאבד תאבדון מוקמינן בע"ז כ"א בכלי תשמישי של ע"ז, ה"ה משמשי מת נאסרו בהנאה מה"ת, ד' קשה מסנהדרין מ"ח ע"ב דמוקמינן הברייתא בנגע במטה הנקברת עמו אף שזרקו רק משום מרריהו וליכא הזמנה אסרו חז"ל לבגד משום דמחלפי בתכריכין ע"ש ברש"י דחיישינן שמא יאמרו שגם תכריכין מותרין בהנאה ע"ש והא תינח אם תכריכין נאסרו מה"ת, אבל למהרש"ם דאין אסורין כ"א מדרבנן איך נגזור גזרה לגזרה אע"כ דתכריכין מה"ת אסורין, ועוד ראי' מיבמות דף ס"ו מאלטלא דמלתא דפרסו אמיתנא דאמר רבא קני' וניתנא דהקדש מפקיע מידי שיעבוד ע"ש ואי אינו אלא אי' דרבנן וכי עדיף מקדושת דמים דאורייתא דאינו מפקיע, ואח"כ ראיתי במשנה למלך בפי"ד מה' אבל ה' כ"א שכ' די"ל דמת גופא אינו אסור אלא מדרבנן והגז"ש אינו אלא אסמכתא בעלמא ודבריו תמוהים ועיין בתוס' סנהדרין מ"ח שכ' דתכריכין מה"ת אסורים וראיתו של מהרש"ם מרמב"ם ליתא לדעתי, דמה שכ' הרמב"ם בה' י"ג קאי אבה"ק כולה ולא על הקברים כ"א על הקרקע מחוץ לקברים אבל הקברים ממש אסורים

אסורים בהנאה, וראיתו מה' כ"א על פי פירושו ברמב"ם דשערות של מת מותרים מה"ת אבל אסורים מדרבנן ועל זה כ' וכן ארונו ותכריכין, פירושו תמוה למה כ' מתחלה בשערות מותר בהנאה ובארונו ותכריכין כ' אסורים בהנאה אם שוים הם הי' לו לאמר על שניהם דמה"ת מותרים ומדרבנן אסורין כמו שדרכו בכל מקום אע"כ מדכ' על שערות שמותרין בהנאה סתם ודאי כונתו שמותרין לגמרי וטעמו י"ל דעיין ברמב"ם בפ"ד מה' אבל ה"א שכ' מנהג ישראל במתים כך הוא גוזזין שערו וכן כ' הטור בסי' שנ"ב ובש"ע שם וכל העומד לגזוז כגזוז דמי ונחשבים כגזוזים מיד בשעת מיתה ולכן מותרים לגמרי אבל הדברים שהם תשמישי המת והצריכים לכבודו ולקבורתו אסורים מה"ת בהנאה, ומה שכ' הרמב"ם וכן ארונו ותכריכין קאי על מה שכ' בתחלה דמת אסור בהנאה וע"ז כ' וכן ארונו ותכריכין אסורים מה"ת בהנאה, ואגב אעורר מה שכ' הרמב"ם בהלכה זו אפילו ארג בגד למת לא נאסר עד שיגיע במטה הנקברת עמו ע"ש והנה בסנהדרין דף מ"ח רים ע"ב מוקמינן בהשליכו משום מרריהו דליכא הזמנה כלל ולא נאסר הבגד כ"א בנגע למטה הנקברת עמו משום דמחלפי בתכריכין כמ"ש רש"י שם בהדי' דרק משום דליכא הזמנה לא נאסר הבגד כשניתן על מטה שמת שם, משא"כ בשארג הבגד למת אף דהזמנה ל"מ מ"מ כשניתן אח"כ אף על המטה שמת שם נאסר הבגד ולא בעי מטה הנקברת עמו ורק בהלכה כ"ב שם בזרקו משום מרריהו שפיר כ' הרמב"ם דבעי שיגע במטה הנקברת עמו דמחלפי בתכריכין אבל בהלכה כ"א דקאי על בגד שארג למת לא הי' לו לכתוב דבעי שיגע במטה הנקברת עמו ול"ע:

ב' שם סעי' א' אבל קבר של קרקע לא נאסר, כן אמר שמואל בסנהדרין מ"ז ע"ב ולמד כן מקרא דוישליך עפרה על קבר בני העם מקיש קבר לע"ז מה ע"ז במחובר לא נאסר אף קבר מת לא נאסר ע"ש יש לעיין הלא בע"ז דף כ"ד ע"ב אמר ר' דימי אמר ר' יוחנן אעפ"י שאמרו המשתחוה לקרקע עולם לא אסרה חפר בה בורות שיחין ומערות אסרה והכי קי"ל בש"ע בי"ד בסי' קמ"ה סעי' ז', ועיין בריטב"א בע"ז שם שכ' והקרקע עולם נאסרית ע"י החפירה אם עבדה אח"כ וכו' ונראה דהא גמרא גמירא לה כשעשה מעשה במקצתה שיאסר כולה ע"ש ואיך אמר שמואל מקיש קבר לע"ז הלא בע"ז בחופר בקרקע נאסרה והכא הלא חפר לקבור המת וקבר בו המת למה לא יאסר ובפרט למה שכ' הב"י בי"ד סי' קמ"ה שחולק על הטור דסובר שם כהריטב"א דבעי שישתחוה אח"כ והוא כ' דמהרמב"ם משמע דלא בעי השתחוה אח"כ וכן הוא לדעת ר"י דלעיל ע"ש ודאי קשה קושיתי, ועוד זאת ק' לי על הב"י הלא קי"ל בש"ע י"ד סי' קל"ט בע"ז של ישראל כר"ע דלא נאסרה כשפסל הע"ז עד שתיעבד ואיך אפשר לאמר כשחפר בקרקע לע"ז נאסרה אף בלא השתחוה אח"כ אע"כ כהריטב"א והטור דבעי השתחוה אח"כ, ועיין ברש"י סנהדרין דף מ"ז ע"ב ד"ה בקבר בנין שכ' דקבר אתקש לעכום דכותיה בעכום בית שבנאו ומתחלה לע"ז אסור עש"ה ועיין בש"ך בי"ד סי' קמ"ה סק"ח ובט"ז שם סק"ו דרק כשבנאו נכרי אבל כשבנאו ישראל לע"ז לא נאסר עד שתעבד, וצ"ל כדמסקינן בסנהדרין מ"ח בקבר בנין ובהכניסו שם מת דוקא אח"כ דלאו נאסר, ועיין בע"ז דף כ"א דפליגי שם ר' ישמעאל ור"ע לר' ישמעאל ע"ז של ישראל נאסרה מיד בשעת שפוסלין אותה לע"ז ור"ע פליג דלא נאסרה בפיסל כ"א כשנעבדה אח"כ וי"ל דפליגי בהזמנה מלתא לר' ישמעאל הזמנה מלתא ולר"ע הזמנה ל"מ, ועיין בכריתות דף כ"ה דפליגי שם תנא דבי ר' ישמעאל ורבנן לר' ישמעאל בעגלה ערופה ירידה לנחל איתן אוסרתו אזל לטעמי' דסובר הזמנה מלתא והחולקים עליו סוברים למעריפה ואילך נאסרה הזמנה ל"מ וכר"ע דהא בסנהדרין מ"ח ע"ב אסקינן דפליגי ת"ק ורשב"ג בהזמנה מלתא ולדינא דקי"ל כר"ע בע"ז של ישראל הזמנה ל"מ, ועיין בע"ז דף כ"א סוף ע"ב דאמרינן שם דע"כ האי קרא דאבד תאבדון את כל המקומות בכלים המשמשין לע"ז דאם אינו ענין למקומות דהא קרקע לא נאסרה ע"ש ג"כ קשה לי מר' יוחנן בע"ז דף כ"ד דאמר בחפר בה בורות אסרה ושפיר י"ל בקרקע שחפרו בה בורות שיחין ומערות לע"ז איירי קרא שנאסרה וא"צ לדחוקי באם אינו ענין ול"ע:

ועיין בסנהדרין מ"ז מקברי דרב לקחו עפר לאשתי בת יומא אמרו ליה לשמואל, אמר שפיר עבדי דקרקע עולם לא נאסרה ע"ש מכאן קשה לי על האור זרוע בה' אבלות סי' תכ"ג שכ' שנטלו מעפר קבר דרב ומשקין אותו לו וניצל עש"ה וק' לי הלא אין לך שלא כדרך הנאתן יותר מזה לשתות עפר לרפואה והלא בפסחים כ"ה ע"ב דשייף רבינא לברתיה גהורקא דערלה ואמר אף דלא הוה לה חולה שיש בה סכנה מותר משום דהוה שלא כדרך הנאתן ע"ש ולאור זרוע למה הוצרך שמואל לאמר משו"ה מותר משום דקרקע עולם לא נאסרה הלא אף אם נאסרה ג"כ מותר משום דהוה שלכ"ה:

ג' שם סעי' א' בהג"ה ויש אוסרין לישב על האבן שכותבי' למצבה, כשאלתי מאחד מבני קהלתי שהניח אבן אחת על קבר אביו למעלה שיאמר צורת הקבר ואחר איזה שנים מתה אמו ונקברה אצל אביו והמקום צר שם ליתן אבן שני על קבר אמו ואמר המתקן האבנים שהוא יעשה אבן אחת על ב' קברים ובעד האבן המונח ינכה הלוקח י"ח זהובים והוא יקח האבן והמתקן הוא נכרי אם מותר לעשות כן או לא, ואם אסור, אם יוכל ליתן

האבן

האבן על קבר אחותו הנקברת שם, והשגתי הנה הטור מביא בשם אביו הרא"ש דהמצבה מותרת בהנאה דאין לה שייכות לקבר המת והב"י פוסק כותיה ועיין בד"מ אות ב' מביא בשם תשו' רשב"א סי' רל"ו שמתיר ג"כ כהרא"ש אך תמה עליו בכ"ע שסותר דבריו דבתשובה סי' תקל"ז אוסר המצבות בהנאה רק שמתירין ליתן על קבר אחר כמו שמותר אחר שפינו המת מהקבר ליתן בתוכו מת אחר, וגם ע"ז תמה הד"מ ע"ש וברמ"א כאן מביא ב' דעות במצבה שהרא"ש מתיר והגה"א במ"ק בשם א"ז אוסרה בהנאה ולי נראה דאין כאן סתירה בתשו' רשב"א דיש ב' מיני מצבות מצבה שמעמידין סמוך לקבר ושם נאמר שם המת הנקבר שם ומדותיו, ויש משימין אבן ארוכה ורחבה כמו הקבר על הקבר לכסותו שישאר הקבר בצורתו ולא יתקלקל ע"י הלוך עליו או ע"י גשמים ושלגים ורוח סערה, והאבן הזאת ודאי שייך לקבר כי היא לשמר הקבר שישאר בצורתו ועיין בתשו' רשב"א תשו' רל"ו שם כ' מצבה שמציבין אצל הקבר, על מצבה כזו כ' שהיא מותרת שאין לה שייכות עם הקבר, אבל בתשו' תקל"ז קאי אמצבה שמניחין על הקבר דהא כ' שם אעפ"י שר"ת פירש דאותה מצבה שמניחין על הקבר היינו גולל, מ"מ מותר ליתן אותה על קבר אחר דאין בזה הנאה למי ורק למכור אותה אסור וכן להשתמש בה חי ע"ש לפ"ז י"ל דהרא"ש מודה ג"כ להרשב"א באבן המונחת על הקבר דאסורה רק דהוא קאי על המצבה שמציבין אצל הקבר שדיבר בה הרשב"א בתשו' רל"ו:

והנה הגה"א בפ' אלו מגלחין מביא בשם א"ז מצבה שנשברה אסור למכרה דאסורה בהנאה והרמ"א מביאו ליש אוסרין, ובאמת המעין באור זרוע בפנים ימצא שם היפך מזה, דהא"ז כ' שמצא כן בתשובה והוא משיג עליה וכו' ולפי דבריהם אסור להשען ע"ג מצבה מיהו אינו מבין דהתם איירי בגוף הקבר אבל הכא בהא מצבה מה לוקח בה למת עכ"ה ומבואר דהא"ז דוחה התשובה דאוסרת וסובר כהרא"ש דמותר בהנאה וכהרשב"א בתשו', ולדעתי לא ראה הרמ"א רק הגה"א ואלו הי' רואה הא"ז בספרו בפנים הי' מוצא שמתיר המצבה לא היה חושש כלל לדעה האוסרת, דיש לנו שלשה רועים נאמנים שמסכימים יחדיו להתיר המצבה והם עמודי ההוראה אשר כל בית ישראל נשען עליהם, ועיין בש"ך שכ' בשם הב"ח שכן נוהגין איסור במצבה ואני לא מצאתי כן בב"ח כ"א כתב שאין להקל במקום שנוהגים איסור עכ"ה ועיין בברכי יוסף כאן שמביא בשם הרב החסיד מהר"י כבון שהתיר בספרו קרית מלך רב בסי' כ"ז להחליף המצבה שמונחת על הקבר עם מוכרי האבנים שיתן אבן יפה ממנו אף שהמוכר יתן אבן השני בזול משום שנוטל הראשון ואף שכ' שם שרבו אוסר לעשות כן דהוה הנאה דוקא באבן המונחת על הקבר דשייך לקבר אבל במצבה שאצל הקבר נראה שגם רבו מסכים עמו להתיר, ועיין בתשו' מנחם עזרי' בתשו' כ"ו שהתיר למכור מצבה שאין בה עוד צורך לצרכי רבים וקיים ואין להרהר בדבר אפילו למשנת חסידים, לפ"ז בנידן דידן באבן המונחת על הקבר יש לאסור למכור או למסרו להמוכר לנכות י"ח זהובים בעד האבן הראשונה. אבל ליתן אותה על קבר אחותם נראה להתיר דהרשב"א בתשו' תקל"ז מתיר בהחלט באבן המונחת על הקבר ליתנה על קבר אחר והרב מהר"י כבון ג"כ התיר ונוכל לסמוך עליהם בלי פקפוק, ואין לאסור משום כבוד אביו כמבואר בסנהדרין דף מ"ז ע"ב, הלא כל הפוסקים פסקו כת"ק דרשב"ג דרק בחוצב קבר לאביו אסור משום כבוד אביו ולא בחוצב אבנים לקבר אביו:

ד' סעי' ב' קבר הנמצא, עיין בב"י שכ' שיש כאן פלוגתא בין הטור ורש"י בסנהדרין מ"ז להטור כאן בלא נודע לבעלים אם נקבר ברשותם או לא מותר לפנות, משא"כ לרש"י דוקא בקבר סדם שיודעין הבעלים שנקבר שלא ברשותם מותר לפנות ע"ש ויש להביא ראי' להטור מדנקט בברייתא סנהדרין מ"ז קבר הידוע אסור לפנות ופירש רש"י שם שידעו הבעלים כשנקבר שם וק' לרש"י אמאי לא אשמעינן רבותא יותר דאף בסתמא אם לא ידעו הבעלים אי נקבר ברשות או לא אסור לפנות אע"כ כהטור דבסתמא מותר רק בקבר שהבעלים ידעו כשנקבר והרשו לקבור שם אסור, אך יש להקשות להטור מאי מקשינן בגמ' בסנהדרין שם דלמא מת מצוה הוה בשלמא לרש"י ניחא דמספק ג"כ אסור, אבל להטור הלא בספק מותר לפנות, ונראה הא דספק מותר להטור היינו טעמא דעיין בב"י כאן שכ' דאיסור פינוי מקבר אינו אלא מדרבנן ע"ש לפ"ז בספק הוה ספקא דרבנן לקולא וכל זה בחד ספק אבל בדאיכא ב' ספקות לחומרא אף בדרבנן אסרינן ומקשינן הא הוה ב' ספקות לחומרא חדא שמא ידע בעל השדה ואת"ל לא ידע שמא היה מת מצוה שקונה מקומו אף בלי ידיעת בעל השדה ומתרצינן דמת מצוה קלא אית ליה ואלו היה מת מצוה הי' יודעין ממנו ואין כאן רק ספק אחד שמא ידעו הבעלים וספק דרבנן לקולא, ואין להקשות אמאי מותר בהנאה הלא א"ה בקבר בנין מדאוריתא וכימא ספקא דאוריתא לחומרא, י"ל דמוקמינן אחזקתו הראשונה דבכל אופן קודם שנקבר שם המת הי' בהיתר גמור ותלינן שנקבר שלא ברשות ומותר, גם י"ל דעיין בב"ח שכ' דלהטור ע"כ איירי בקבר ישן ולא נודע אם הבעלים הראשונים הרשו לקבור שם או לא והוכיח דע"כ בקבר ישן איירינן ע"ש ויש לעיין הלא בקבר ישן כבר נתעכל הבשר ואי אפשר להכיר באבר המשגל אם היה מהול או ערל ויש כאן ספק שמא הנקבר נכרי היה ולא ישראל ואין כאן איסור פינוי ולא א"ה כפמ"ש המשנה למלך סוף ה' אבלות בשם הירושלמי

דמת

דמת נכרי מותר בהנאה ויש לן ס"ס לקולא חדא שמא המת נכרי הוא ואת"ל שהוא ישראל שמא נקבר שלא ברשות בעלים ולכן מותר, וע"ז מקשינן דיש לן נגד ס"ס לקולא ב' ספקות לחומרא חדא שמא היה מת מצוה ישראל שקנה מקומו ואת"ל שלא הי' מת מצוה שמא נקבר ברשות בעלים ומתרצינן מת מצוה קלא אית ליה ולית לן ס"ס לחומרא רק ס"ס לקולא לכן מותר לפנות, לפ"ז לדינא ליכא פלוגתא בין הטור לרש"י דהטור איירי בקבר ישן דאיכא ספק שמא נכרי הוא ושמא לא ידעו הבעלים ומותר משום ס"ס ולרש"י דכ' בהדי' דמיירי בקבר חדש ועדיין אפשר לראות אם הוא מהול או ערל וליכא אלא חדא ספקא אסור לפנות המת כשנפתח ונראה שהוא ישראל דלפתוח הקבר מותר דעדיין ס"ס לקולא הוא, אם לא שנאמר דגם לפתוח אסור דשמא יתברר שהוא ישראל ואיגלאי מלתא שנפתח באיסור, ועיין בפרישה כאן שכ' לכאורה נראה לחלק דשאני הכא דמשום גזרה שלא יפנוהו החמירו לאסור אפילו בקרקע עולם ע"ש ול"ע הלא בסנהדרין מ"ז מוקמינן בפירוש דוקא בקבר בנין אבל בקרקע עולם מותר:

ה' סעי' ז' עיין בפתחי תשובה שמביא תשו' שיבת ציון סי' כ"ח שאוסר לבני בנים ליתן מצבה שנעשה לאבי אביהם על קבר אביהם דגם בני בנים חייבים בכבוד אבי אביהם ע"ש ואפשר לאמר הא דאינו רשאי לקבור בקבר שחצב לאביו מת אחר משום דמעלין בקודש ואין מורידין דנגד אביו אחרים אף אמו שחייבת בכבוד אביו פחותים הם ופוחת בכבוד אביו אבל בנידן דש"צ הלא בכל אופן הבנים חייבים יותר בכבוד אביהם מבכבוד זקנם ואין כאן בזיון לאבי אביהם כשמציבין מצבתו לקבר אביהם שחייבין לכבודו ביותר, ולפ"ז לפי מאחז"ל דחייב אדם בכבוד רבו יותר מבכבוד אביו אם חצב קבר לאביו וקברו במקום אחר יש לאמר כשמת רבו א"כ שמותר לקברו בקבר שחצב לאביו:

סימן שס"ו

א' סעי' ב' אשה שירשה קבר ממשפחתה, אלא א"כ ראתה אותם בחייהם עיין בלבוש שהשמיט הא' דאם ראתה משום דלפי הטעם שכ' הרמב"ן והטור דגנאי לבני משפחה לקבר אצלה אין חילק בין ראתה אותם בחייה או לא דבכל אופן איכא גנאי לבני משפחתה אם בניה נקברים בקבר משפחתם, אך במס' שמחות לא נמצא האי טעמא ושם נאמר מודה ר"י שבניה הראוין לה בחייה נקברים עמה במותה דהיא ירשה חלק מבית הקברות של משפחתה וסובר ר"מ דירושת מקומות שתקבר שם היא ויוצאי ירכה ור"י סובר דירושת לעצמה ובעד בניה רק לאותן שנולדו לה בעת הירושה וכבר היו לעולמים אבל הבנים שהולידה אח"כ בעדם לא ירשה דהם דבר שלא באו עדיין לעולם, ובזה נדחה ג"כ מה שתמה הב"ח והגהות פרישה איך אפשר שהולידה בנים ולא ראתה אותן בחייה ונדחקו שהכונה על בני בניה על שלשים ועל רבעים ע"ש ולפמ"ש ניחא דבא למעט הנולדים אחר זמן הירושה, ולפי הטעם שכ' הרמב"ן והטור משום פגם משפחה יש לפרש אם הבנים מצויינים בתורה ויראה ותפארת הם לאמם ולכל משפחתה נקברים הם עם האם והיינו אם הן ראוין לה בחייה שמתיחסת בהם נקברים עמה דאז ליכא פגם למשפחתה, אבל אם הבנים הולכים בשרירות לבם ובן כסיל הוא תוגת אמו אז הם פגם לבני משפחתה כשנקברים שם:

ב' שם סעי' ג' ויש גורסין תקבר אצל אביה, גירסא זו היתה לו להרמב"ן בתה"א, וכן הוא במס' שמחות שלפנינו ושם נאמר ואם יש לה בנים קוברין אותה אצל בעלה משום שהבנים יקברו אצל אביהם לכן קוברין אותה אצל בעלה שתקבר אצל בניה ואצל בעלה יחדיו והרמב"ן בתה"א השמיט האי דינא ולא אדע למה השמיט:

ג' שם סעי' ד' אביה אומר ובעלה אומר לא תקבר אצלי קוברין אותה אצל בעלה, נראה לפי המבואר בסי' שס"ב סעי' ה' ו' שאין קוברין רשע אצל צדיק ואפילו רשע חמור אצל רשע קל, וכן אם שנים שונאים זא"ז אין לקברן יחדיו, אם האשה היתה מרשעת וסרה מדרכי ה' ועברה על מצותיו והבעל הוא איש כשר וישר ואינו רוצה שתקבר אצלו אין לקברה אצלו סמוך לקברו רק רחוק ממנו, וכן אם התקוטטו יחדיו בחייהם ורבו יחדיו וחרפו וביזו זא"ז עד שהיו שונאים ג"כ אין לקברה סמוך לקבר בעלה כ"א רחוק מקברו:

סימן שס"ז

א' סעי' א' קוברין מתי עכום, הנה בגיטין ס"א בברייתא שם תני מפרנסין עניי עכום עם עניי ישראל קוברין מתי עכום עם מתי ישראל וכ' רש"י שם אם נמצאו הרוגי נכרים והרוגי ישראל ע"ש מזה רצו לדייק דוקא עם מתי ישראל קוברין מתי עכום, דיש לחוש לאיבה כשיראו שקוברין רק מתי ישראל ומניחין מתי עכום, אבל מתי עכום לחוד א"צ לקבור, והר"ן שם כ' לאו דוקא עם ע"ש ולי נראה דנקט עם לרבותא לא מבעי כשאינו אלא עניי עכום ולא עניי ישראל ודאי מפרנסין אותן מפני דרכי שלום, אלא אפילו יש עניי ישראל לפרנס ויש סך מסוים לחלק מפרנסין מהסך הנ"ל גם עניי עכום אף דעי"ז נפסדים עניי ישראל כמו שמניחים ללקוט לעניי עכום מלקט שכחה ופאה אף שיפסידו

שיפסידו עי"ז עניי ישראל וכן הוא בבקור חולים ע"י שמבקרים. ג"כ חולי נכרים ממעטין בבקור חולי ישראל וכן בקבורת מתים שע"י שקוברין גם הרוגי נכרים ביום אחד עם הרוגי ישראל יתחלקו המתעסקים מקלת מתעסקים עם הרוגי ישראל ומקלת עם הרוגי נכרים ונתבטלו רבים ללוות מתי ישראל אפ"ה מדרכי שלום מותר וכ"ש בדליכא מתי ישראל:

ב' שם סעי' ג' לא יהלך אדם בבה"ק וס"ת בזרועו ויקרא בו, עיין בכסף משנה בה' אבלות בפרק י"ד ה' ג' שכ' דבעי ס"ת בזרועו ויקרא בו כמ"ש בש"ע, אך הוא עצמו סותר דבריו דבכ"מ בה' ס"ת פרק יוד הלכה ו' כ' דדי בס"ת בזרועו אף בלא קריאה דאחיזת ס"ת בזרועו הוה מלוה ואיכא משום לועג לרש ע"ש ונראה דהדין עמו אך לא מטעמיה, כי אם משום דהרמב"ם בה' ס"ת שם כולל שלא יאחז ס"ת בזרועו לא בבית המרחץ ולא בבית הכסא ולא בבית הקברות וכמו דבאינך בבית המרחץ ובית הכסא לאו טעמא משום לועג לרש כ"א משום דהוה בזיון לס"ת שיהי' במקום מטונף ה"נ הוה בזיון לס"ת שיהי' נמצא במקום מתים שהם אבי אבות הטומאה, ואם קורין בס"ת לפניהם אז איכא משום לועג לרש שהמתים פטורים מלמוד התורה, לפ"ז בה' ס"ת דשם נאמרים הדינים של ס"ת אשמעינן הרמב"ם דאסור לאחוז הס"ת בזרועו אף בלא קריאה בו בבית הקברות משום בזיון של ס"ת וכמ"ש הכ"מ שם דאף בלא קריאה אסור דומי' דבית המרחץ ובית הכסא, אבל בה' אבל דאשמעינן הדינים של מתים בעי דוקא שיאחז ס"ת ויקרא בו משום בזיון המתים דלועג לרש:

סימן שס"ח

א' נשאלתי פה ניתן לבני הקהלה מקום גדול הרחק מהעיר לבה"ק ונעשה חריץ בקרקע סביב המקום להגבלה לידע עד כמה המקום מיוחד לבה"ק, ולא נקבר עדיין בו כ"א מת אחד וכיון שהמקום רחוק מן העיר וליכא חומה וגדר סביב ויש לחוש שיתעוללו נכרים שם קבר המת וצריכין שימור אם מותר למכור העשבים ופירות אילנות שעומדים שם לשלם שכר שמירה, והנה דין זה מפורש ברמ"א כאן שכ' מותר להנות מעשבים שעל הקברות או פירות אילנות לצורך הקברות בשם תה"ד ומהרי"ו ע"ש ויש לעיין לפי מה שהביא הרמ"א בי"ד סי' שס"ד בשם ר' ישעי' דקרקע שלקחו מן הקבר וחזרו ונתנו עליו דהוה תלוש ולבסוף חברו דאסור בהנאה ואף שמביא שם יש חולקין ומתירין אינו מכריע לדינא ומשמע שיש לחוש לר' ישעי' בפרט שהרי' שהביא המרדכי במגלה כ"ט סי' תת"ל כ' אין מרעין בהמה מיירי בקרקע שלא חפרו כלל ואפ"ה אסור משום כבודן של מתים דאלו בשאינו קרקע עולם הכל אסור בהנאה מבואר דסובר כר' ישעי', והשלטי גבורים בסנהדרין מ"ו הוכיח שם מסמ"ג ור"ן דכתבו דעשבים שעל הקבר אסורים בהנאה ע"כ דסוברים כר' ישעי' ולכל הנך העשבים על הקברים מה"ת אסורים בהנאה ואיך אפשר להתיר למכרן אפילו אם צריכין הדמים לצורך הקברות, ובאמת התה"ד סי' רפ"ד לא התיר להנות מהעשבים דשם קאי על שר שמרעה בהמות שלו בע"כ על הקברים כ' שא"צ להוציא הוצאות מרובות למחות לו משום כבודן ש"מ, רק המהרי"ו מתיר למכור הגפנים והאילנות שעל הקברים לצורך המתים כמו דמותר ליטול לרפואה וראיתו ממה דבסנהדרין מ"ו מתירין ליקח מקברו דרב משום דקרקע עולם לא נאסר ואין לחוש רק משום כבודו ש"מ ומתירין לרפואה אבל אם הקבר הי' אסור בהנאה הי' אסור ליטול לרפואה, גם המרי"ו לא התיר העשבים רק גפנים ואילנות וי"ל טעמו משום זו"ג דבע"ז מ"ט מתיר ר' יוסי יחור של ערלה ואגוז שנטע משום זו"ג ע"ש וה"ה הכא הוה זו"ג קרקע דאיסורא וגפנים ואילנות דהתירא ואין לחוש אלא משום כבודן של מתים ומתיר הרי"ו לצורך הקברות אבל הרמ"א התיר העשבים שגדלים על הקברים מאליהם מן הקרקע דאסורא הלא אין כאן גורם דהתירא ולר' ישעי' הלא הקרקע שעל הקבר מה"ת אסור בהנאה, ומה שהק' הטור על ר' ישעי' בסי' שס"ד מגמ' דסנהדרין מ"ו דמתרצינן על קושי' הגמ' מהברייתות בקבר בנין למה לא מתרצינן בכיסוי הקבר שאסור בהנאה לק"מ דשם אי אפשר לתרץ כן דברייתא ראשונה שמקשה הגמ' תני המוצא קבר לאביו והלך וקברו במקום אחר לא יקבור בו עולמית מבואר דעדיין לא נקבר בו אביו ונשארה החפירה בלא כיסוי ובכל זאת אסרי' לקבור בבור החפירה עולמית אלמא דגוף הקרקע אסורה וצריכין לאוקמי בקבר בנין כמ"ש רש"י שם שבנאו למעלה מן הקרקע גוף הקבר, ומברי' שני' שמקשה הגמ' דתני קבר חדש מותר בהנאה הטיל בו נפל אסור בהנאה מדלא תני קבר בו נפל רק הטיל משמע שהשליך הנפל בתוכו בלי כסוי כדתני בפסחים דף ע' בשפחה של מליק שהטילה נפל לבור ובא כהן והציץ מבואר דלשון הטלה היינו בלי כיסוי, ומברייתא שלישית שמקשה הגמ' תני קבר הידוע אם פינה המת מתוכו מקומו טמא ואסור בהנאה, כיון שפינה המת מתוכו נטל הכיסוי מעל הקבר והבור שנקבר המת בתוכה אסור ועכל"ל בקבר בנין שהגוף הקבר בנוי למעלה מן הקרקע לכן אסור, ויש לתמוה על הטור איך אפשר להתיר הכיסוי של קבר אפילו אם נאמר תלוש ולבסוף חברו כיון שבטלו דינו כמחובר דסובר כאביו הרא"ש בחולין ע"ז שפוסק כרבא אם שחט בתלוש ולבסוף

חברו

חברו בדבר שמבטלין אסורה השחיטה דהינו כמבואר ע"ש אפ"ה יש לאסור כיסוי הקבר דהא כשמכסין המת בקרקע עדיין תלושה היא, הלא בע"ז דף מ"ז מבואר בבית שבנאו מתחלה לע"ז אפי' דינו כמחובר נאסר הבית וכן שם דף מ"ה באילן שנטע מתחלה לע"ז לכ"ע נאסר אעפ"י שהאילן אחר שנשרש דינו כמחובר מעיקרא כיון שנאסר בעת הנטיעה ה"ה בכיסוי הקבר נאסר, אם לא שנאמר עפ"י מה דאמרינן בשבת דף ל"א ע"ב בסותר ע"מ לבנות במקומו חייב דסתירה זו כהשבת כבנין, ה"ה הכא כיון שתולש ע"מ לחברו במקומו לאו תלוש הוא וכן משמע בלישנא דטור וראיתי בריטב"א בע"ז דף כ"ד ע"ב שמקשה כמו דאמר שם ר"י בחופר בורות בקרקע כיון שעשה מעשה אסרה למה לא נימא ג"כ בקבר כיון שחופרין בקרקע עולם נאסר, ונראה הא דנאסרה הקרקע ע"י חפירה היינו כשחופר בורות לע"ז ממש לעבדה לע"ז ובזה הזמנה מלתא כמ"ש תוס' בע"ז מ"ז ע"ב ד"ה שבנאו דרק במשמשין לע"ז הזמנה ל"מ אבל בע"ז עצמה נאסרה מיד, אבל במת קי"ל כרבא בסנהדרין מ"ז דהזמנה ל"מ לפ"ז כשחופר בקרקע לקבור בו המת מצד חפירה זו ודאי לא נאסרה הקרקע דהא הזמנה ל"מ היא וכשנותן המת לקבר אז אינו עושה שום מעשה בקרקע בעצמותה רק כשמחזיר העפר למעלה לכסות המת לכן גוף הקבר ודאי מותר רק הכיסוי להוי שתאסר דבעת תלישתה נותנין אותה על המת ואין להתיר העשבים הגדלים מעל הכיסוי ומדינא אסורים בהנאה כמ"ש הר"ן במגילה דף כ"ט, והעשבים הגדלים שלא על הקברים בבה"ק עיין בשלטי הגבורים בסנהדרין מ"ו שמחליט שם לאסור בהנאה כל בה"ק המיוחד לקבור בו וכו' שכן כ' הרא"ש, ויש לעיין הלא הרא"ש במגילה דף כ"ט מתיר פירות האילן של בה"ק משום שאינם על הקברים ממש אין בה משום כבודן של מתים הלא כל בה"ק לדעתו אסור בהנאה, ואחר העיון י"ל דפירות אילנות מותרין מצד זה"ג כמ"ש לעיל ורק הנטועים על הקברים יש לאסור משום כבודן של מתים, אבל עשבים העולים מאליהם לית בהוא משום זה"ג אסורים אפי' אותן שאינן על הקברים לדעת הש"ג שכל בה"ק אסור משום שהוקצה לקבור בו, והנה דבריו קשים להבין כיון דמחובר לא נאסר אפילו אם קוברין בו המת כ"ש שלא תאסר הקרקע משום שהוקצה לקבור בה וכי תהי' ההקצאה יותר חמורה מאלו נקבר בה ממש ואין לאמר דהקצאה הוה כהקדש ואף שאין מועלין במחובר מ"מ אסור להנות הלא בתשו' רשב"א סי' ל"ז מתיר כלי חפירה שחופרי' בהם הקברים משום שאין שם הקדש בהם והם חולין גמורים, ובכל אופן נראה שאין להתיר למכור העשבים שגדלים על הקברים לצורך בה"ק דיש לחוש בהם לאיסור הנאה דאורי' לשיטת ר' ישעי' ולדעתי הלכה כמותו, אבל העשבים שגדלים בקרקע של בה"ק היכא דליכא קברים אם לא נימא כהש"ג ולית בהן משום א"ה רק משום כבודן של מתים אז יש להתיר למכרן לצורך בה"ק. ואחר העיון והחפוש מצאתי בתשו' אמ"ו בא"ם בי"ד סי' שכ"ז בד"ה שלישית שכ' דהרמ"א שמתיר העשבים קאי גם לרבנו ישעי' שאוסר העפר שחפרו והחזירו על הקבר דלא אתי' האיסור רק מעגלה ערופה ושם כתיב כפרה כקדשים ובקדשי מזבח אין מועלין בגדולין עש"ה ואני לא זכיתי להבין דבריו, הלא בזה פליגי אביי ורבא בסנהדרין מ"ז ע"ב אביי אית לי' גז"ש דשם שם מעגלה ערופה ורבא פליג ודרש שם שם מע"ז וקי"ל כרבא ע"ש והלא בע"ז נאסרו הגדולים כמבואר בע"ז דף מ"ח ע"ב דרק בזה"ג מתיר חד תנא שם ובלא זה"ג הגדולים איסורים ולהכי דבזה"ג אסור אפילו בזה"ג נאסרו הגדולים ושמואל אמר בסנהדרין מ"ז ע"ב מדכתיב וישלך את עפרה על קבר בני העם מקיש קבר בני העם לע"ז מה ע"ז במחובר לא נאסר אף הקבר לא נאסר, אלמא דקבר אתקש לע"ז וכמו דבע"ז הגדולים אסורים ה"ה בקבר אם העפר אסורה בהנאה, ועוד הלא אפילו בקדשי מזבח כסי דאין מועלין בגדולין בכל זאת מבואר בתמורה ל"א ע"ב דאסורים בהנאה, ועיין בבגדי ישע אבל המרדכי מגילה כ"ט מהגאון בעל של"ה שם בסי' תת"ל אות י"ב רק אם האילנות היו נטועים קודם שנעשה בית הקברות ואין בהן כ"א משום כבודן של מתים אם אינן על הקברים אין לחוש ומותרים הפירות, אבל בנטועים אחר שהי' בה"ק לא עדיפא מעשבים דאיסורים אפילו אינן על הקברים כמבואר שם במרדכי בשם ר"י וכן הוא בהרא"ש עש"ה דלא כתשו' אמ"ו זצוק"ל, ועיין ביד שאול כאן שתמה על הרמ"א בלע"ג מהש"ע י"ד סי' קמ"ה סעי' א' שם מבואר שהפירות מאילנות שנעבדו לע"ז אסורים מעת שנעבדו, ואיך מתיר הרמ"א הכא הפירות מאילנות שגדלים על הקברים ע"ש ולק"מ דשם בסי' קמ"ה אסרינן השריגים והפירות שנגמרו אחר שנעבד האילן, אבל הכא שהאילנות נטועים על הקברים. שהם קרקע עולם כיון שהקברים מותרים למה יאסרו האילנות והפירות שינקו מקרקע עולם שמותר, והא דאסרינן הפירות בדליכא צורך לבה"ק אינו אלא משום כבוד המתים כמבואר בב"ח כאן, וראיתי בפתחי תשובה אות א' שמביא בשם תשו' שיבת ציון סי' ס"ב דהא דמותר להתרפאות בעשבים שעל הקברים דוקא אם עשבים הללו לא נמצאו בגנות ושדות ע"ש ולדעתי ליתא, דעיין בסנהדרין מ"ז ע"ב דשקלו עפרא מקברא דרב לאשתא דיומא ע"ש שהחזיקו זאת לסגולה ליקח מקבר איש קדוש וצדיק לרפאות בעפר קברו, ה"נ לוקחים מעשבים שגדלים על קברי צדיקים אבל העשבים שנמצאו בגנות ושדות אינם מסוגלים לרפאות בהם לכן אף אם נמצאו בשדות מותר ללקטן מקברי צדיקים, ועיין בטור

וש"ע כאן שכתבו ואם לוקט או שצריך ללקטן לצורך בית הקברות שורפן במקומן ע"ש אך במס' שמחות פרק י"ד לא נראה כן, דשם תני ולא ילקוט משם עלים ועשבים ואם ליקטן אסור בהנאה, ואם בשביל הנאת עצמו ליקטן שורפן במקומן ע"ש מזה נראה דאם לקטן לצורך בית הקברות לפנות המקום להליכה או לקבור שם ועושים לצורך בה"ק ולא משום שצריכין להעשבים והעלים אסורים בהנאה ואין צריך לשורפן במקומן אבל אם אין לצורך בה"ק ולקטן להנאת עצמו להכות מהם אז קנסינן אותו ומחמרינן עליו שצריך לשרפן במקומן:

ב' שם סעי' ג' קבר אדם נודד, עיין בב"ח שכ' קבר אדם כיון דלא נקבר בו אלא קבר אחד\מאדם לא חששו חכמים לכבודו אף בדבר זה שלא יהי' כמדד וכמכר וכחלק אבל בבה"ק ישן חששו יותר ע"ש והבאר היטב הביאו, ולדעתי לא עיין היטב במס' שמחות בפרק י"ד דשם תני' יש קבר אדם שהוא כקבר ישן וישן שהוא כקבר אדם, יש שקבר בו יוד מתים שלא ברשות הבעלים הרי זה כקבר אדם כמדד וכמכר וכחלק קבר בו כפל אחד מרשות הבעלים ה"ז כקבר ישן ע"ש מבואר דלא כב"ח דאף בקבר אחד של כפל אם נקבר ברשות הבעלים לא כמדד, ובהיפך אף אם נקברו שם יוד מתים אם נקברו שלא ברשות בעלים דינו כקבר אדם וכמדד וכמכר וכחלק, ויש לעיין למה נקרא מה שנקבר שלא ברשות קבר אדם והנקבר ברשות קבר ישן, נראה דיש להביא ראי' משם כנגד הטור בי"ד סי' שס"ד דעיין שם דהטור פליג על רש"י בסנהדרין מ"ז בקבר שנמלא שמותר לפנות שכ' רש"י שם בקבר אדם שיודעים הבעלים שנקבר שלא ברשותם אז מותר לפנות אבל בלא ידעו הבעלים אי נקבר ברשות או שלא ברשות כגון בקבר ישן שאפשר שבעלים ראשונים או אביו הרשו לקבור שם הוה כאלו נקבר ברשות, והטור פליג וסובר אף בקבר ישן כל זמן שלא ידעו הבעלים בבירור שנקבר ברשות דינו כנקבר שלא ברשות ומותר לפנותו וע"ש בב"ח שכ' שהטור ע"כ מיירי בקבר ישן דאז יש להסתפק אבל בקבר אדם אי אפשר שלא ידעו הבעלים אם הרשו או לא ע"ש וכאן נקט בקבר אדם דידעו הבעלים שלא הרשו לקבור מותר למדוד ולחלק ולמכור, אבל בקבר ישן אף דהוא לא הרשה לקבור שמא אביו או זקנו או בעלים ראשונים הרשו לקבור שם אסור מספק למדוד ולמכור ולחלק דלא כהטור שמקיל בספק, וע"ז אשמעינן בברייתא דאם בקבר אדם נקבר ברשות בעלים אסור אף בכפל אחד, ואם בקבר ישן נודע בבירור שלא הרשו הבעלים לקבור שם אף ביוד קברים מותר למדוד ולחלק ולמכור כן נראה לענ"ד:

סימן שס"ט

א' סעי' א', עיין בפתחי תשובה כאן שמביא בשם תשו' שאילת יעב"ץ ח"ב סי' קס"ט שחולק על ספר לחם הפנים שאוסר לכהן לטמא לאפר המת הנשרף והוא מתיר לכהן שיוכל לטמאות לאפר הנשרף במקרה או ע"י עכום ע"ש הנה ב' ספרים הללו אינם תחת ידי לעיין בהם, ועיין בנזיר מ"ט ע"ב דאסור לכהן לטמאות למלא תרווד רקב והוא עפר שנרקב מהמת ואסור לטמאות, ועיין בתמורה ל"ג ע"ב בתוס' ד"ה הנשרפין שכ' לחלק בין עפר הנקברין ובין אפר הנשרפין דמותר דכיון שאמרה התורה לשרוף ונעשה מלותה שוב אין מועלין ע"ש וכאן המלוה בקבורה ובכל זאת אסור לטמאות לעפר אחר הקבורה כ"ש לאפר אחר שנשרף, אך אחר העיון מלאתי פלוגתא דתנאי בזה בפ"ב דאהלות משנה ב' בעפר שרופים ר' אליעזר מטמא וחכמים מטהרין ועיין בנדה כ"ח לגירסת רש"י שם דר' יוחנן פוסק כר"א, וע"ש בנדה כ"ז בתוס' ד"ה מת שנתבלבלה בתיבן שני שם שכתבו א"כ דר"י לא מטהר אלא ברובע דחסר אבל אם העפר שלם אפילו אין שלדו קיימת טמא, וכן כ' הרא"ש ריש פרק ב' דאהלות ועיין ברמב"ן על נדה שם שכ' ויש לי עוד לאמר דר' יוחנן הלכה קא מבעי ליה מכ"ל דטהור כרבנן דלמא כר"א דמסתבר טפי ע"ש אך הרמב"ם בפ"ג מה' טומאת מת בה' ע' ויוד פסק כרבנן שאפר השרופין טהור וכ' הכ"מ שם. ה"ט אף דר' יוחנן סובר כר"א הלכה כרבנן וכר"ל שם, ועיין בתוס' בסנהדרין דף כ"ב ד"ה ההיא שרפה שה"ק מסוכה דף כ"ה דאמרינן מישאל ואלצפן היו ואי שרפה ממש הלא לא נטמאו ע"ש ונראה דשם בתוס' הביאו שני ברייתות בתורת כהנים בפ' שמיני פליגי, לחד ברייתא נשרפו גם גופם ולאידך רק שרפת נשמה והגוף קיים ע"ש וי"ל הנך ב' ברייתות פליגי בר"א וחכמים דאהלות בפ"ב, הך ברייתא דגם גופם נשרף סובר כר"א דאפר השרופין מטמא ונטמאו מישאל ואלצפן, ואידך סובר כרבנן ואיך נטמאו אע"כ דרק נשמתן נשרפו ולא גופן ושפיר נטמאו מישאל ואלצפן:

ויש לעיין לענין איסור הנאה מה דינו של אפר הנשרפין כיון דמת אסור בהנאה מן התורה כמבואר בסנהדרין דף מ"ו אי האפר של הנשרפים ג"כ אסור או לא, ויש לתלות בפלוגתא דר"א ורבנן לר"א כמו דהאפר עדיין מטמא כמת ה"ה עדיין אסור בהנאה כהמת, ולרבנן דאינו מטמא עוד גם א"ה ליכא עוד, אך עדיין אני נבוך דאפשר לאמר דר"א ורבנן פליגי בנשרף מחיים כמו שמפרש שם הרע"ב וכיון שמיד במיתתו נעשה אפר סוברים רבנן דלא חלה הטומאה עליו כלל וה"ה לענין א"ה י"ל דלא חל א"ה עליו, אבל במת שמת בחליו או נהרג ואחר מיתתו נשרף ונעשה

אפר

אפר י"ל כיון דבמיתתו חלה הטומאה וא"כ על המת לא פקעה עוד אף ע"י שרפה אף לרבנן וכעין חילוק זה מצינו באהלות בפ"ג משנה ב' דפליגי שם רבנן ור"ש במלא תרווד רקב שנתפזר בתוך הבית לרבנן הבית טמא ולר"ש טהור ואמרינן בנדה דף כ"ז טעמא דר"ש סופו כתחלתו והלכה כרבנן דאם בתחלה כשנעשה תרווד נתערב בו עפר מדבר אחר טהור ולא חלה טומאה עליו ואם אחר שנעשה תרווד רקב בלי תערובות נתערב בו עפר טמא עש"ה:

סימן ש"ע

א' סעי' א' בהמחבר מי שנשברה מפרקתו עיין בשיורי כה"ג בשם דמשק אליעזר שהניח בצ"ע למה השמיטו הרמב"ם והטור והש"ע תירוץ הגמרא בחולין דף כ"א שמקשינן שם מעלי שנשבר מפרקתו בלא רוב בשר ומתרצינן זקן שאני ע"ש והם לא הביאו חילוק זה בין בחור לזקן ע"ש. ונראה דיש להבין מאי מקשינן מעלי הלא כתיב ותשבר מפרקתו וימות התם נאמר שמת כשנשבר מפרקתו ועדיין לא נאמר שם דשבירת מפרקת בשלא מת תחשב כמיתה שיטמא, וצ"ל דקושי' הגמ' כיון דשם נאמר שהמיתה היתה מיד בשעת שבירת המפרקת הי' לן לאמר ששבירת המפרקת בלבד תחשב כמיתה לטמא, ומתרצינן בזקן שבלא"ה תש כחו וזוטרא מיתתו גרמה שבירת מפרקת בלא רוב בשר שמת מיד אבל בשאר ב"א לא תגרום רק טרפות שימות בתוך י"ב חודש ולא תחשב כמיתה ולכן לא הוצרכו להביא תירץ הגמ' דבזקן תגרום שבירת מפרקת בלא רוב בשר מיתה מיד וכיון שמת ודאי יטמא, ובשאר ב"א אף שבירת מפרקת ורוב בשר עמו לא יגרמו שימותו מיד ועדיין מפרכסים ובכל זאת נחשבו כמתים שיטמאו ובלא רוב בשר נחשבו רק לטרפות ולא יטמאו:

ב' שם בש"ך סק"ד ע"ש שמביא בשם הב"ח לאסור לכהן מדינא לילך לבית גוסס ע"ש ואני מצאתי גדולי האחרונים שפסקו כהב"ח שאסור מדינא, הרוקח בסי' שט"ו כתב ומשמע בנזיר שאפילו גוסס אסור לכהן לילך שם, ועיין בכל בו סי' קי"ד מביא שה"ג והרי"ף מתירין לכהן לעמוד אצל הגוסס אבל הר"א ממיץ וגדולי עירי היו אוסרין ועיין באור זרוע ה' אבלות סי' תכ"ו שכ' שהכהן מוזהר בלאו דלהחלו שלא לכנוס באהל של גוסס וכן ה"ג אוסר וכן פסק מורי הרר שמחה בר שמואל דהלכה כרשב"ל דאף דר' יוחנן ור"ל הלכה כר' יוחנן ה"מ היכא דפליגי בסברא דנפשיהו אבל היכא דאפלגו בסברא דרבנתא ליתא האי כללא, ומביא ראי' מירושלמי נזיר פרק ג' משנה ה' דאמר שם דר"ש בר אבא אתי' כרשב"ל דהוה אמר כשהיה גוסס האי נפק מכלא והאי נפק מכלא ומפרש שאמר לכהן שיצא מכאן ולשני שעמד בצד אחר שיצא מכאן ע"ש ועיין בש"ך כאן שכ' שיש לאסור רק לכנוס לבית שיש שם גוסס אסור אבל כשנמצא שם כהן א"צ לצאת ע"ש ולא ראה האור זרוע שהבאתי והירושלמי שר"ש צוה לכהנים שיצאו מוכח שצריכין לצאת, וע"ש בירושלמי בפני משה שפירש שצוה הר"ש להוציא הכלים מבית משום שגוסס מטמא, והעלים עינו מסוגי' דנזיר מ"ג ע"א דמתרצינן על המתניתין דלכ"ע גוסס אינו מטמא ורק משום להחלו אסור לכהן לכנוס ע"ש ובזה מסולקת גם קושי' אורח מישור על ר' אמי שם שתירץ כגון דעייל כשהוא גוסס הלא לקמן איכא פלוגתא בזה, ובאמת בזה ליכא פלוגתא לכ"ע גוסס אינו מטמא רק לחכמים נצטוה הכהן משום להחלו שלא לכנוס לגוסס, ור' אמי מוקי דעייל באיסור ואח"כ מת והטומאה משעת מיתה, ועיין בתוס' שם שהביאו בשם ה"ג דגורס אביי ורבא וכ' דלגירסתו הי' אסור לכהן לכנוס לגוסס דהלכה כרבא ע"ש ולא ראו דברי ה"ג בפנים דשם נמצא כך אף דאביי ורבא הלכה כרבא, הכא איכא פלוגתא בברייתא וסתם מתניתן דאדם אינו מטמא אף כשהוא מגויד והלכה כסתם מתניתן ע"ש מבואר דה"ג פוסק כאביי ולא כרבא. ובאמת דברי ה"ג תמוהים מאד הלא בגמ' בנזיר מ"ג מקשינן מהאי מתניתן על הברייתא ומתרצינן דגוסס אינו מטמא לכ"ע ורק משום להחלו אסרו רבנן ואף דגוסס אינו מטמא בכל זאת יש לחוש שימות בעת שהכהן עדיין באהלו ומכניס עצמו לספק טומאה ומחלל בזה כהונתו, ואף להרמב"ם דספק מה"ת לקולא כיון דרוב גוססים למיתה אזלינן מה"ת לחומרא, אך יש לעיין דעיין ברשב"א ובריטב"א ביבמות דף קי"ט שהקשו שם על האי דאמרינן שם דתנשא משום דרוב מתעברות ויולדות הלא יש לן ב' מיעוטים מיעוט שאין מתעברות ומיעוט מפילות וב' מיעוטים נחשבו לפלגא ותירצו דמיעוט שאין מתעברות אינו אלא מיעוטא דמיעוטא ע"ש הכא נמי הלא יש לן ב' מיעוטים נגד רוב גוססין למיתה חדא המיעוט גוססין שנשארו בחיים, שנית מיעוט דלמא לאו אביו הוא כמבואר בחולין י"א ואינו כהן ומותר לטומאות למתים וב' מיעוטים יחשבו לפלגא, גם לפמ"ש הריב"ש בתשו' שע"ע דנגד ב' חזקות רובא לא עדיף ע"ש הלא יש לן הכא כמה חזקות חדא חזקת חי של הגוסס, וחזקת טהרה של הכהן שלא יתטמא וחזקת טהרה של הגוסס שישאר בטהרתו ולא יטמא, ויש לתלות זאת בפלוגתא דאביי ורבא בגיטין דף כ"ח לאביי מהני חזקת חי שלא נחוש לשמא ימות דמהני החזקה גם לעתיד ולרבא רק לשמא מת לא חיישינן אבל שמא ימות חיישינן דהחזקה לא מהני רק לשעבר ולא להבא א"כ לא מהני החזקה על לעתיד, ועפ"י גירסת ה"ג שהבאתי שגרס אביי ורבא בנזיר דף מ"ג יש לאמר דאזלי לשיטתם לאביי דלשמא ימות לא חיישינן לכהן מותר לילך לבית גוסס

דאין לו לחוש לשמא ימות ולרבא דסובר בגיטין כ"ח דר' יוסי ור' יודא ור' שמעון חיישי לשמא ימות ורק ר"מ לא חייש והלכה כרבים דחיישינן, ה"נ פליגי רבי וחכמים בנזיר מ"ג רבי סובר כר"מ דלא חיישינן לשמא ימות לכן מתיר לכהן לילך לבית גוסס וחכמים כר' יוסי ור' יודא ור"ש דחיישינן לשמא ימות לכן אוסרין לכהן דבזה מחלל כהונתו:

ואגב אעורר כאן לר' אלעזר בחולין דף כ"א בניטל הירך והחלל ניכר כנבלה ומטמאה מחיים אי באדם בכה"ג ג"כ מטמא באהל מחיים ולמה לא הביאו הפוסקים דין זה כאן, גם לענין גט כשמלוה אז ליתן גט לאשתו אי נחשב עוד כחי וכותבין או כמת ואין כותבין ואשתו זקוקה ליבום, גם אעורר על הכ"מ בפ"א מה' טומאת מת ה' ט"ו שפירש על הותז הראש דדי בשחיטת ב' סימנים והעלים עינו מתוס' בחולין דף כ"א ד"ה הותז ממש ומרמב"ן ורשב"א שם שכתבו בהיפך, ועיין באשכול לר' אברהם בר"י חותנו ורבו של הראב"ד שכ' דאם נשברה מפרקת בלא רוב בשר ונשחטו ב' סימנים מטמא באהל ומביא ראי' ע"ז מחולין דף כ"א עש"ה:

סימן שע"א

א' סעי' א' בש"ך סק"א מביא בשם הרוקח סי' שט"ו שמתיר למעוברת מכהן לילך לבה"ק מטעם ספק ספיקא ע"ש ועיין במג"א סי' שמ"ג שתמה על הרוקח הלא בלא"ה אין לחוש דטהרה בלועה לא נטמאת וע"ש בנתיב חיים ובפתחי תשובה כאן שמביא בשם רדב"ז וגבעת שאול כולם תירצו דהרוקח איירי באשה שקרבו ימיה ללדת ויש לחוש שהולד יוציא ראשו כשתהיה עדיין בבה"ק ע"ש ודבריהם קשים להבין דלדידהו למה אמר הרוקח משום ספק נפל דאינו אלא מיעוט ולמה לא אמר שמא לא תוליד בבה"ק ושמא יהי' נקבה, והנה עפ"י תירוצם יש מקום לתרץ קושי' השואל בשב"י תניינא בי"ד סי' ר"ז שהק' על הרוקח מיבמות קי"ט דילאה ומלאה חוששת ולא סמכינן אמיעוט נפלים ומחצה נקבות ע"ש דהתם במיעוט זכרים יש ודאי איסור שאז זקוקה ליבם, אבל הכא אף אם העובר יהי' זכר עדיין י"ל שלא יוציא ראשו בבה"ק לכן סמכינן אמיעוט נפלים ומחצה נקבות, גם לפי מה שכ' התה"ד סי' רפ"ה לחלק בין הכהן שיודע שהוא באהל המת צריך לצאת ערום ובין אם אינו יודע רק שאחרים יודעים ומזהירים להפרישו אז יניחו אותו ללבוש ואז יאמרו לו ע"ש ה"נ יש לחלק התם ביבמות האשה שהלכה מעוברת למדה"י, ומלאה אסורה לנשא, אבל בנידן דרוקח העובר אינו מוזהר רק האם מוזהרת להפריש העובר מטומאה ומקילין לסמוך אמיעוט נפלים ומחצה נקבות, ועיין באמרי ברוך כאן תירץ על קושי' מג"א דאם עובר ירך אמו אם הי' כאבר מאברי האם ומקבל טומאה כאמו ע"ש ודבריו תמוהים אם עובר ירך אמו ואינו גוף בפני עצמו הוה כאמו שהיא זרה והוא זר ואין לו קדושת כהונה ורק אם עובר לאו ירך אמו הוה גוף בפ"ע ויש לו קדושת כהונה ואז הוה טהרה בלועה, וע"ש שמביא קושי' פמ"ג על הרוקח הלא נפלים אינו אלא מיעוט ואינו מצטרף לס"ס, אלא דכל זמן שלא כלו חדשיו להעובר ליכא איסור לטמא אותו ע"ש לפי דבריו ק' למה הוצרך הרוקח לס"ס הלא אף אם הוא זכר ליכא איסור לטמא אותו, ול"ל דכונתו שמא לא כלו חדשיו עדיין וליכא אי' לטמא אותו ואת"ל שכלו חדשיו שמא נקבה הוא, ועיין בתשו' הגאון מהר"י אסאד בי"ד סי' שכ"ד שתירץ קושי' פמ"ג דב' מיעוטים מצרפין לפלגא ויש כאן מיעוט נפלים ומיעוט דלמא לאו אביו הוא ע"ש ולא הבנתי דבריו דוקא אם אנו דנין על הבן אי הוה כהן יש לן מיעוט דלמא זנתה אמו תחת בעלה ולא אביו הוא ואינו כהן, אבל בנידון דרוקח באשת כהן המעוברת אם היא מותרת לילך לבה"ק הלא היא יודעת שלא זנתה תחת בעלה והעובר ודאי מבעלה כהן הוא ואיך תלך לבה"ק משום האי מיעוטא דשמא לאו אביו הוא:

ב' שם סעי' ד' שם טומאה לצאת, אי סוף טומאה לצאת דאורייתא הוה או רק גזרת חכמים עיין בש"ך כאן סק"ח שכ' בפשיטות דגזרו חכמים על כל המקומות שסוף הטומאה לצאת ע"ש ועיין ברש"י בביצה דף יו"ד שכ' ג"כ דהוה גזרת חכמים ע"ש והרע"ב בפ"ז דאהלות משנה ג' כ' דסוף טומאה לצאת רק מדרבנן שגזרו חז"ל ע"ש ועיין בתשו' תשב"ץ חלק ג' סי' א' שכ' דסוף טומאה לצאת אינו אלא גזרה והסכימו כל המפרשים שאין בכל זה רק גזרה דרבנן ע"ש ועיין בתשו' מהרי"ט ח"א סי' ל"ו שמחליט שגזרו חכמים ע"ש ועיין בכל בו סי' קי"ד שכ' בבית שיש לו פתחים הרבה אם נפתח א' מהם או חישב לדברי ב"ה שארי פתחים טהורים אפילו למפרע ע"ש מוכח ג"כ דהכל בו סובר דאינו אלא דרבנן דאי הוה דאורייתא הלא בדאורייתא אין ברירה ורק בדרבנן יש ברירה ועיין בתי"ט פ"ז דאהלות משנה ג' שהק' על רש"י ביצה י' שסותר דבריו דביצה ל"ח ובערובין ס"ח כ' רש"י דהוה הלכה למשה מסיני, והתי"ט שם מחליט דסוף טומאה לצאת מדאורייתא הוה ע"ש והעלים עינו מכל הפוסקים הראשונים שהבאתי שכתבו בהחלט דאינו אלא גזרת חכמים, ואודות קושיתו שרש"י סותר דבריו, נראה די"ל דבזה גופא פליגי ר' הושעי' ורבא בביצה י' כולם סברו בדאורייתא אין ברירה ורק בדרבנן יש ברירה ור' הושעי' סבר דסוף טומאה לצאת הוה דאורייתא לכן מחליט דלכ"ע אין ברירה ורבא סובר דאינו אלא גזרת חכמים לכן סובר לב"ה יש ברירה ומקשן שם דסובר כרבא לכן כ' רש"י דאינו אלא גזירת חכמים ובביצה ל"ח ובערובין ס"ח דקאי רש"י לר' הושעי' כ' דהוה הלכה למ"מ, ולדינא הלכה כרבא דאינו אלא גזרת חכמים, ועיין במהרש"א בביצה

בביצה ל"ח שהק' לפי מאי דאמרינן שם דלר' הושעי' בדרבנן יש ברירה מאי מתרלינן בביצה לר' הושעי' דלב"ה ליכא ברירה הלא שם אמוקלה קיימינן דאינו אלא דרבנן ובדרבנן גם לר' הושעי' אמרינן ברירה ע"ש ולק"מ דמוקלה דאכילה הוה דשיל"מ ובדשיל"מ ספקא לחומרא כמו בדאוריתא וכמו דבדאורי' אין ברירה משום דמספקא לן להלכה אי יש ברירה או אין ברירה ואזלינן לחומרא ה"ה במוקלה דהוה דשיל"מ, והנה אפשר לאמר דתלי' בר' שמעון ורבנן במנחות דף ק"ב לר"ש שם דסובר עומד לזרוק כזרוק דמי, ה"ה עומד ללאת כילא דמי והוה כאלו הטומאה שם כיליאה ארוכה אבל לרבנן דפליגי שם אר"ש לא הוה סוף טומאה ללאת כ"א גזרת חכמים ועיין בא"ע סי' קכ"ד בב"ש סק"ב שמביא דרש"י במנחות פוסק כר"ש וכן הר"ן, וע"ש בחלקת מחוקק דהרמב"ם אינו פוסק כר"ש, ועיין בירושלמי בביצה דף י' שמקשה מב"ש שם א"ר אליעזר בביצה דף ל"ד דהוה תלמידו דב"ש ע"ש ויש להקשות הלא רש"י בביצה ל"ד פי' אר"א מש"ה מהכי כאן אכי כוטל משום דסובר יש ברירה והלא בין לרבה ור"ה ובין לרבא דפליגי ב"ש וב"ה בברירה ב"ש לית להוא ברירה ואיך תלמידו ר"א יסבור יש ברירה כעין קושי' ירושלמי, בשלמא אי סוף טומאה ללאת מדאורי' י"ל כמו דמתרלינן על ר"ה בביצה ל"ח בדאוריתא לית להוא לב"ש ברירה ובמוקלה דטלטל יש ברירה אבל אי סוף טומאה ללאת רק מדרבנן קשה, גם יש להקשות לרבא דב"ה סובר ברירה ושם סוברים חכמים דר"א לרש"י שם אין ברירה והלא הירושלמי ביצה י' מקשה מבית הלל דהכא אחכמים דר"א שם פשיטא ליה לירושלמי דחכמים דר"א ב"ה הם ולתוס' שם שכ' דמוקלה דגרוגרות ולמוקים חמירא דאדמי בידים יש לתרץ אי סוף טומאה ללאת מדרבנן לכן סובר יש ברירה והתם בגרוגרות דחמירא כדאורי' אין ברירה, אבל אי סוף טומאה ללאת מדאורי' ודאי לא קיל מגרוגרות, ולפמ"ש לעיל דר"ה ורבא פליגי בזה ניחא לרבא יש לחלק כמ"ש ולר' הושעי' דסובר סוף טומאה ללאת הוה דאורי' הלא לב"ה אין ברירה, אך קושי' ראשונה עדיין קשה מב"ש אר"א לרבא דסובר סוף טומאה ללאת רק דרבנן ובכל זאת סוברי' ב"ש אין ברירה ותלמידו ר"א סובר יש ברירה, ועפמ"ש מתורץ לי מה דק' לי הכא סובר רבא לב"ה יש ברירה ולפי מה שכ' תוס' בגיטין מ"ח ד"ה אי לאו רבא סובר אין שחלקו לקוחות הן ע"כ סובר אין ברירה ועפמ"ש ניחא דהכא לרבא סוף טומאה ללאת רק דרבנן לכן סובר לב"ה יש ברירה והתם באחין דהוה דאורי' סובר אין ברירה, ועיין בתי"ט בפ"ז דאהלות שהק' על רש"י אי סוף טומאה ללאת רק דרבנן איך סברו ב"ש אין ברירה הלא בדרבנן יש ברירה ע"ש ולק"מ הלא יש לן כמה תנאים ואמוראים דסוברים דאף בדרבנן אין ברירה ר' יודא דאיו לר' יוחנן בביצה ל"ח ורבנן דר"א בביצה ל"ד, ועיין בערובין דף ל"ז ע"ב קסבר ר' יוסף מאן דלית ליה ברירה בדאוריתא אף בדרבנן לית ליה, ושמואל בביצה דף ל"ז ור' יוחנן שם לית להוא ברירה בדרבנן רק לדידא דאנן מספקא לן הלכה כמאן אי כהך דסברו יש ברירה או כאינך דסברו אין ברירה עבדינן הכרעה, בדאוריתא דספקא לחומרא מחמרינן ופסקינן אין ברירה ובדרבנן דספקא לקולא שמכינן אהנך דסברו יש ברירה כמבואר ב"ב דף ק"ז ע"ב דר' אסי מספקא ליה ע"ש ועיין בכ"מ בפ"ג מה' גרושין ה' א' ובר"ן בגיטין דף פ"ג ובזה מיושב קושי' מהרש"א בביצה ל"ח דר"א לב"ה בכל מקום אין ברירה אף בדרבנן ולכן לריכי' לאמר זה וזה אכי כוטל והוא לעלמו דמספקא ליה מכריע, בדאוריתא אין ברירה ובדרבנן יש ברירה:

ודע מלבד הסתירה שהק' התי"ט על רש"י ק' לי עוד סתירה ברש"י בביצה דף י' כ' רש"י בס"ד דפליגי בברירה דפליגי בכלים שהובאו שם בין מיתה למחשבה, אבל הכלים שהובאו אחר המחשבה גם לב"ש טהורים, ורק למסקנא שם דלכ"ע אין ברירה כ' רש"י דפליגי אחר המחשבה ע"ש ובערובין דף ס"ח ברש"י ד"ה עד שלא ימות כ' אף אי פליגי ב"ש וב"ה בברירה בכל זאת לב"ש גם אחר המחשבה הכלים שהובאו שם טמאים כיון דנחתה טומאה עליהם ע"ש ואפשר לאמר שרש"י הוכיח כן מכח קושי' תוס' בביצה י' שהקשו למה לא פליגו בנפתח ובברירה ע"ש לכן פירש רש"י דפליגי במחשבה אף לאח"כ משא"כ בנפתח הכלים שהובאו אח"כ לכ"ע טהורים ואין כאן ב' פלוגתות דאי לב"ה אין ברירה מודה לב"ש דמחשבה לא מהני לאח"כ כיון שנחתה הטומאה, אך אם סובר יש ברירה לא נחתה כלל הטומאה על שאר פתחים, וב"ש דלית להוא ברירה ונחתה טומאה שוב לא מהני מחשבה, אך עדיין הקושי' מהסתירה במקומה עומדת, ונראה דסתירה חדא מתורלת בסתירה שניה, דרש"י בביצה י' היה קשה ליה מכח ליה להמקשן להקשות אמתניתן הלא י"ל דפליגי במחשבה מכאן ולהבא ולכ"ע אין ברירה, ועכל"ל דפשיטא ליה להמקשן דלכ"ע מהני המחשבה לטהר מכאן ולהבא, והא דפשיטא ליה כל כך משום דסובר המקשן סוף טומאה ללאת רק גזרת חכמים ואי אפשר שיסבור שום תנא דלא תהני המחשבה מכאן ולהבא משא"כ לר' אושעי' ורבה דסוברים דפליגי אי מהני המחשבה מכאן ולהבא ולכ"ע אין ברירה משום דסוברים דסוף טומאה ללאת הלכה למ"מ לכן סובר ב"ש דמחשבה לא מהני לטהר אף מכאן ולהבא ומה"ע כ' רש"י בביצה ל"ח לר' אושי' דסוף טומאה ללאת הוה הלמ"מ, ובערובין ס"ח כ' רש"י לר' אושעי' דכיון דהוה דאוריתא לא מהני המחשבה מכאן ולהבא לב"ש ועיין בתוס' בערובין שם בשם ר"ת דמקשה דברי ר' אושעי'

אושעי' אהדדי ומחלק בין ר' אושעי' לרב אושעי' ר' אושעי' סובר דלא פליגי בברירה דסובר סוף טומאה לצאת דאורי' ולכ"ע אין ברירה ורב אושעי' סובר דאינו אלא גזרת חכמים ופליגי בברירה דאי היה סובר דהוה דאורייתא איך מוקי הברייתא דאין משתתפין כב"ש הלא י"ל דרק בדאורי' סובר ב"ש אין ברירה אבל בדרבנן יש ברירה, וקושי' תוס' שם שהקשו למה לא מייתי רב אושעי' שאר תנאים דפליגו בברירה י"ל דרוצה להביא תנאים דפליגי בדרבנן כברייתא דאין משתתפין:

ועיין בתוס' ביצה דף י' ד"ה ב"ש אומרים שהקשו איך תנן כל הפתחים טמאים הלא בסוף הוברר ע"ש ועיין בפני יהושע שם שהק' עליהם הלא יכולים לאמר שאסור לכהן לכנס באחד מהם קודם יציאת המת ע"ש ונראה לרש"י שכתב דהוה רק דרבנן לכאורה אמאי כל הפתחים טמאים למה לא נימא על כל פתח ופתח ספק דרבנן לקולא, וי"ל כיון דפתח א' ודאי טמא הוה אתחזק איסורא ובאתחזק איסורא לא אמרינן ספק דרבנן לקולא, לפ"ז הא תינח אם דנין על הפתחים ועל הכלים שפיר אמרינן כיון דודאי פתח א' עם הכלים טמאים שוב כל הכלים טמאים מספק, אבל אי דנין על הכהן אי יכול לכנוס תחת פתח א' שפיר אמרינן ביציאת הכהן ספק דרבנן לקולא דשמא יוציאו המת ע"י פתח אחר ולא יהי' בפתח שהכהן נכנס שום טומאה מעולם, אך קושיתו השניה שם שהק' דלמא לענין להשתמש בכלים שתחת הפתחים עד זמן היציאה קשי', ונראה אי לא אמרינן ברירה כל הפתחים טמאים דעד היציאה בכולם סוף טומאה לצאת והספק לא יתברר לעולם, אבל אי יש ברירה יתברר בסוף שרק פתח א' טמא ושארי טהורים ואי איכא פתחים הרבה מותר לכהן לילך לכל פתח דאמרינן על כל פתח דהוה מרוב פתחים שיהיו טהורים לגמרי וכן בכלים, ואי משום דקבוע כמחצה על מחצה, י"ל דוקא כגון בט' חנויות דהיה ניכר מעיקרא איזה חנות כשרה ואיזה טרפה ורק כשלקח שם בשר לא ידע, אבל היכא דמעולם לא הי' עדיין ניכר האיסור כגון בנידון דידן דעד היציאה לא נדע איזה פתח טמא בכה"ג לא אמרינן קבוע כמחצה על מחצה:

וע"ש בתוס' שתירצו בתירוץ ב' דמיירי שנשאר המת במקומו, וקשה לי נימא הוברר הדבר דמשעת מיתה לא היה המת עומד לצאת כ"א להשאר במקומו ולא היה מעולם הטומאה עומדת לצאת וכל הפתחים יהיו טהורים, ונראה דכבר הבאתי קושי' פני יהושע הלא י"ל דלענין זה טמאים כל הפתחים דאסור להשתמש בהכלים שתחת הפתחים לטהרות מספק עד ההוצאה ומשם ואילך באמת טהורים משארי פתחים, וי"ל כיון דתני במתניתן כל הפתחים טמאים משמע דטומאתם שוים לגמרי וע"ז הקשו תוס' הא אין טומאתם שוה דבפתח שמוציאין כשארים הכלים בטומאתם עד שטובלין אותן, אבל בשאר פתחים נהי דאסור לשמש בכלים עד היציאה מספק אבל משם חוזרין מעצמן לטהרתן בלי שום תיקון וטבילה, וע"ז תירצו דנשאר המת במקומו ושפיר י"ל כקושי' פ"י דכל זמן שלא נגמר להניח המת במקומו כל הכלים טמאים לשמש בהם טהרות ומעת שנגמר שישאר המת במקומו חוזרים כל הפתחים וכל הכלים לטהרתן ממילא דאז הוברר הדבר שהמת לא הי' עומד לצאת וכל הפתחים שוים לגמרי, והא דתני' נפתח אחד מהם או חישב להוציא הוא טמא ושאר טהורים היינו קודם שנגמר להניח המת במקומו שארי פתחים טהורים מיד דאף אם יוציא המת בפתח הנפתח ולא באחרים ואחר שנגמר להניח המת במקומו גם פתח שנפתח או שחשב טהור וכן הכלים שהיו שם, ועוד אפשר לחלק אי סוף טומאה לצאת דרבנן או הלמ"מ, כשיש בבית רק פתח א' ולא יותר וידעינן בודאי שבפתח זה יוציא המת דלא חיישינן למלתא דלא שכיח שיעשה פתח חדש ואז סוף טומאה לצאת הלמ"מ, אבל כשיש בבית פתחים הרבה ולא נדע באיזה פתח יוציא המת ואי אין ברירה ולא יתברר לעולם אף בשעת ההוצאה בכה"ג כיון דכל פתח בספק עומד אינו אלא גזרת חכמים, וכיון דעיקר סוף טומאה לצאת הלמ"מ שפיר אמרינן בביצה ל"ח דהוה דאורייתא ואין ברירה, משא"כ בתחומין אי אף י"ב מיל רק דרבנן אין לו עיקר מה"ת כלל ובדרבנן כהאי אין ברירה, ואגב אעורר על רש"י בערובין ס"ח ע"א ד"ה כולן טמאין שכ' ואפילו חלונות של טפח על טפח טמאין כיון דכולן סתומין לא מוכח מלתא בהי מפיק ליה ע"ש ול"ע הלא התם במת איירינן ולא בכזית מן המת דהא תנן המת בבית ותנן התם בחלון שיש בו ד' על ד' מליל כשנפתח דחלון של ד' טפחים ראוי להוצאות המת אבל טפח על טפח אינו ראוי להוצאות המת ולמה יטמא חלון סתום של טפח על טפח הלא אין המת יצא משם, ועיין בפי' המשניות להרמב"ם בפ"ז דאהלות משנה ג' שכ' שיכול להוציא המת לאבריה אעפ"י שהוא אסור ע"ש ובזה יש לתרץ על רש"י, אך עיין בתוס' בחולין דף קכ"ה דבמת שלם אף ר' יוסי מודה סוף טומאה לצאת דאסור לחתך המת ע"ש ובלא"ה דברי פירש המשניות שכ' כל זמן שהפתחים נעולים הוא כקבר סתום שמטמא כל מה שנוגע בו וכשנפתח אחד מהם נעשה בית ולא קבר ויוצא מדין קבר ע"ש ולפי דבריו כשכל הפתחים נעולים אין הטעם כלל משום סוף טומאה לצאת כ"א משום קבר סתום שמטמא כל סביביו ועיין שם בר"ש שדוחה פי' זה דרק בפרץ פצימיו הוה כקבר סתום אבל כשהפתחים רק נעולים שראוים לפתוח לא הוה כקבר סתום כמבואר ג"כ בתוס' בב"ב דף ק' ע"ב:

ג' שם סעי' ח' אסור לקרב בתוך ד' אמות, הנה לר"ת הביאו התוס' בשבועות דף י"ז והסמ"ג עשה רל"א ורש"י והרא"ד ור"א ממיץ עיין בתשו' אמ"ו ח"ס בי"ד סי' של"ט שהביאם ששוים בזה וע"ש שתמה על הרא"ד שמתיר לעולם הלא כ"ע רק בו ביום מתיר והעלים עינו באותה שעה בהסמ"ג שכ' דעתה דאין לנו מי חטאת אין חילק בין בו ביום לאחר זמן דליכא תוספת טומאה וליכא בטומאת כהן איסר דאוריתא כ"א איסור דרבנן ע"ש לפ"ז י"ל דוקא בזמן שהי' מי חטאת ואם טימא הכהן עצמו בבה"ק עבר אאיסר דאורי' עשו חז"ל הרחקה. וגדר ואסרו לכהן לקרב עצמו לקבר בתוך ד' אמות, אבל בזמננו דאף אם יאהיל על הקבר לא יעבור רק איסור דרבנן א"כ להרחקת ד' אמות, גם עיין ברא"ד בפרק י"ב מה' טומאת מת ה"ו שכ' שאין הכהן מוזהר על קבר סתום שיש בו חלל טפח דע"ז אין הכזיר מגלה ורק מדרבנן אסור ע"ש ורובא דרובא קברים שיש בהם חלל טפח ואף אם יאהיל לא יעשה רק אי' דרבנן וא"צ להרחקה והנה שורש דין זה בסוטה דף מ"ד וע"ש ברש"י שכ' בד"ה מת תופס כדי שלא ירגילו אוכלי טהרות דיש לחוש שמא יפשוט ידו ויאהיל ולאו אדעתיה ע"ש מדלא כתב רש"י לאסור לכהן לכנוס לתוך ד"א יש לאמר לרש"י סובר דבכהן לא גזרו דהכהן א"צ הרחקה כהנים זריזים הן ויזהרו להאהיל על הקבר ורק באוכלי טהרות חששו חז"ל דבעת שיאהילו על הקבר לא עבדו שום איסר רק כשיאכלו אח"כ טהרות בטומאתן ויש לחוש שלא יזהרו כל כך וגזרו חז"ל שמי שנכנס לתוך ד"א של קבר שלא יגע אח"כ בטהרות, וע"ש במאירי שכ' ג"כ כרש"י ואינו מזכיר מכהן כלום וע"ש שסיים וירלאה מכאן שכל קבר שאיננו ניכרין ומבוררין כגון שיש עליו מצבה וכיוצא בה אינו תופס ד' אמות, ועל זה כיון ג"כ רבנו יהונתן שמביא הרא"ש בה' טומאת כהנים שציון על הקבר מספיק עש"ה וכיון דכמעט בכל הקברים מעמידין מצבות ליכא איסור בתוך ד' אמות:

סימן שע"ב

א' סעי' א' או לארץ העמים ללמוד תורה. עיין ביד שאול כאן שהקשה מספרי פסקא פ' שראב"ש ור' יוחנן הסנדלר הלכו לנציבין ללמוד תורה וחזרו שזכרו את ארץ ישראל הלא לת"ת מותר לצאת ע"ש הנה מלבד שיש לאמר שהנך תנאים סוברים כר' יודא בע"ז דללמוד תורה אסור לצאת לח"ל ולא כר' יוסי שם ואכן קי"ל כר' יוסימשום דר' יוחנן שם פסק כותיה, עוד זאת יש להוכיח בהיפך משם, דאי היה איסור בדבר למה עקרו ממקומן והלכו לנציבין וחזרו משם הלא מיד ידעו שאסור לצאת לח"ל ללמוד תורה, אע"כ דמותר ולכן עקרו ממקומם והלכו לח"ל וכשבאו לנציבין וזכרו את ארץ ישראל ואהבתם אל ארץ הקדושה היתה הפרידה קשה עליהם כל כך שנמלכו לחזור לא"י:

ב' שם ברמ"א כהן ששוכב ערום. עיין בתוס' ברכות דף כ' ד"ה שב וא"ת שכתבו דלא כרש"י שם שסובר דבמת מצוה וקרובים של כהנים לא נאסרה טומאה כלל ובכה"ג לא נאמרה כי אם משום דעשה כבוד הבריות דוחה ללאו שאינו שוה בכל ע"ש ולדבריהם ק' מאי מקשינן שם דף י"ט ע"ב ממדלגין היינו ע"ג ארונות לכבוד המלך הלא בטומאת כהנים התירה התורה אף קום ועשה משום דהלאו אינו שוה בכל אבל בכלאים דהלאו שוה בכל לא הותר בקום ועשה, ועיין בתוס' בב"מ דף ל' ע"ב שכתבו דלילך ערום הוה בזיון גדול ע"ש ולמה ילטרך הכהן לרוץ ערום לחוץ הלא כבוד הבריות דוחה ללאו דכהונה שאינו שוה בכל, ויש לחלק בין יום ללילה ביום הוה בזיון גדול לילך לחוץ ערום כיון שבני אדם מצוין בשוק אבל בלילה שאין ב"א מצוין וליכא רואים ליכא בזיון לריך לצאת ערום, אך בימי חורף בעת שהקור גדול יש סכנה לאדם לצאת ערום לחוץ ומצילא סכנתא מאיסורא יש להקל אף בלילה, והנה בברכות שם מתרלינן על הקושי' ממדלגין ע"ג ארונות דרוב ארונות יש בהן חלל טפח ומיעוט אין בהם וגזרו רובא אטו מיעוטא ואינו אלא דרבנן לכן מתירין משום כבוד הבריות ויש לעיין מע"ז דף מ' ע"ב דאמרינן שם דרק לר"מ דחייש למיעוט גזרינן רובא אטו מיעוטא אבל לחכמים דמיעוטא כמאן דליתא לא גזרינן אטו מיעוטא וכן אמרינן בע"ז דף ל"ד ע"ב ולמה גזרינן הכא רוב אטו מיעוט ואין לתרץ דיש חילוק בין איסור לטומאה דעיין בגלת שם שכ' דאי' טומאת כהנים אין לה דין טומאה רק דין איסור כשאר איסורי תורה, ועיין בפני יהושע שם שהניח בל"ע לפי מאי דגזרינן רוב אטו מיעוט אמאי לא גזרינן במיעוט שאין בהם פתוח טפח שיטמאו גם בלד הריקן אטו רוב ארונות שיש בהן פתוח טפח שמטמאין גם מן הצד ע"ש ולק"מ דעיין בתשו' רשב"א סי' שכ"ד בימים הראשונים היו נוהגים על דרך הרוב לעשות ארונות חלל טפח ופתוחות ברחם ומיעוט בלא חלל טפח וסתומות ע"ש וכיון דרוב ארונות שיש בהן חלל טפח פתוחות ואין מטמאין כלל מה"ת למה נגזור במיעוט שאין בהן חלל טפח וסתומות שיטמאו בלד הריקן אטו רוב הלא הרוב אין מטמאין כלל. כחזור למה שהתחלנו לתשו' חה"ד שהביא הרמ"א שהכהן לריך לרוץ ערום מאהל המת הנה לפי מה שכ' בתשו' מהרשד"ם בחלק אה"ע סי' רל"ה להתיר בזמן הזה שבויה לכהן דכהנים בזה"ז אינם אלא ספק כהנים שאין להם כתב יחס, וכן כ' בתשו' ריב"ש סי' ל"ד בסוף התשובה שהכהנים בדורנו אין להם

להם כתב יחס, וכן כ' היש של שלמה בחולין בפ' כל הבשר באריכות, וביש"ש בב"ק פרק ה' סי' ל"ה כ' שמרוב אריכות הגלות וגזרות וגרושין נתבלבלו קרוב לודאי וקייס שם שכן כ' זקן מורה הוראה מהרי"ו ע"ש וכן כ' הש"ך ביו"ד סי' שכ"ב סק"ע בשם מהרש"ל ובשם תשו' מהרי"ו, וכן כ' המביט ח"א סי' רי"ט, וכן כ' המג"א סי' כ"א דמש"ה אין נזהרין להקדים הכהן משום שאין אנו בקיאין ביחוסי כהונה שמא נתחללה אחת מאמותיו וכן כ' בתשו' בית אפרים באורח חיים סי' ו' באריכות, ועיין בפתחי תשובה בי"ד סי' ש"ה שמביא בשם שאילת יעב"ץ ח"א סי' קכ"ה שהכהנים בזמן הזה רק ספק הם צריכים להחזיר דמי פדיון דהוה גזל שמא לא כהנים הם וגם בני כהנות ולויות צריכין לפדות דמ"ם מכל ספק דאוריתא ע"ש הנה התשו' יעב"ץ לא נמצא בידי ולא הבנתי דבריו הא הוה ס"ס חדא שמא היא כהנית או לויה ואת"ל שהיא רק ישראלית שמא זה שנתן לו ה' שקלים אינו כהן ואין ממש בנתינה ומכל הא' ס"ס יש לפטור בני כהנות ולויות, ועיין בשבות יעקב ח"א תשו' ל"ג בכהן שנשא חלוצה שאין לכופו לגרשה דחלוצה איכה אסורה מה"ת כ"א מדרבנן וכיון דהכהנים בזה"ז אינם אלא ספק ספקא דרבנן לקולא ע"ש וכיון דיש לן חבילות פוסקים ראשונים ואחרונים שמחליטין שהכהנים בזמננו אינם אלא ספק כהנים יש לאמר דרק בודאי א"י דאוריתא אמרי' בברכות י"ט דאין מתירין משום כבוד הבריות א"י בקום ועשה אבל בספק א"י דאוריתא כיון דכל כהן רק ספק י"ל דא"ל ללאת ערום בפרט להרמב"ם ודעימי' דספק דאוריתא רק מדרבנן אסור ובגמ' מבואר שם דאיסור דרבנן מתירין משום כבוד הבריות אף בקום ועשה וגם לשיטת ר"ת בשבועות י"ז ורש"י ורא"ד וסמ"ג דסוברים דבזה"ז דליכא מי חטאת דאין הכהן עובר א"י דאורי' כשמטמא למת כיון דכבר נטמא למת וא"א בזה"ז לטהר עלמו במי חטאת אין כאן תוס' טומאה אף אם אינו ביום אחד כמ"ש הסמ"ג עשה רל"א בהדי' ואינו אלא א"י דרבנן אף בודאי כהן דהא כבר נטמא ברגע שמת שם אחד בבית וכשנשאר ושוהה שם אח"כ שוב אינו עובר מה"ת ורק מדרבנן עובר ובספק כהן לא הי' צריך ללאת כלל דאז ספקא דרבנן לקולא ובכל אופן א"ל להקילו ומיכתו שילא, ועיין במשנה למלך בפ"ג מה' אבל ה"א שמאריך שם אי הכהנים מותרים ליגע במומיען שהם מתי נכרים וכ' דיש להתיר מכח ס"ס חדא שמא הלכה כהראב"ד בפרק ה' מנזיר שכהן שנטמא במת כיון דלא נטהר באפר פרה יכול לטמאות תמיד ושמא הלכה כספר יראים שהנכרי אינו מטמא אף במגע ע"ש ודבריו תמוהים הלא הר"ת והראב"ד לא כ' כ"א דאינו אסור מה"ת אבל מודים דאיכא א"י מדרבנן כשנוגעים במת וכן הוכחתו שם ומכל הפוסקים שמביאים דיכי טומאת כהנים הלא אין דרכם להביא רק מה שנוהג בזמן הזה ע"כ לית להוא כר"ת ורא"ד ע"ש ליתא דהא גם להם איכא א"י דרבנן בזה"ז ולריכין להביאו, ועיין בגליון תוס' בשבועת דף י"ז ד"ה מזיר שהשיג על תוס' שם שכתבו דאתי הך מתניתן דל"א כמ"ד דשרי לטמא באותו יום ומשיג הגליון הלא לכ"ע אסור רק דפטור לר"ע ע"ש ולק"מ דכונת תוס' דשרי מן התורה ורק מדרבנן אסור כמ"ש הרא"ד בהדי' בפרק ה' מנזיר וכמו שכ' בתשו' הרשב"א סי' שכ"ד בשם ר"ת דפוסק כר"ע דליכא איסור מה"ת כ"א מדרבנן ע"ש ושפיר כ' תוס' כיון דשרי מה"ת איך תנן במתניתן דחייב מלקות בנגע באותו יום במת אחר, ועיין ברמב"ן בשבועות י"ג שכ' דע"כ בעי דר' אמי שם לר' טרפון דמחייב באותו יום דלר"ע הא פטור וקייס כיון דר' אמי' קאי לר' טרפון הלכה כר"ע דחייב ע"ש ולפמ"ש תוס' שם דס' נזיר שהביאו בשם ר"ת דבעי דר' אמי בסמוך לחסכה וכששוהה מרבה יום א' על טומאתו ואתי כר"ע והלכה כמותו, ויש לאוקמי גם מתניתן דנזיר דף מ"ב בסמוך לחסכה ואתי' מתניתן כר"ע ולכן פוסק ר"ת כר"ע, ועיין בירושלמי בנזיר פ' כה"ג שם מבואר דמשום כבוד הבריות נדחה אפילו טומאה דאורי' ולפ"ז ודאי דאין הכהן לריך לרוץ ערום מאהל המת, ובזה ניחא לי מה דקשה לי על הרמב"ם בפרק י"ב מה' טומאת מת ה' ו' שמחלק הרמב"ם בין ארון לקבר דבארון אפילו הוא סתום מהכי חלל טפח אבל בקבר סתום לא ע"ש וכעין זה מחלק הש"ך בסי' שע"ג ס"ק י"א לרש"י דגולל הארון מטמא דוקא כשנותנים הארון לקבר אבל כל זמן שהארון מבחוץ גם רש"י מודה ע"ש ולדבריו מיושבים קושי' תוס' בברכות דף י"ט על רש"י כיון דלאמר מדלגין הייכו ע"ג ארונות הייכו מחוץ לקברים ואז אין הגולל מטמא, ותוס' שהקשו לרש"י סברו לרש"י כרמב"ן שכ' בתה"א לרש"י כשסתמו הארון בבית שוב אין הבן מטמא לאביו ע"ש והנה לרמב"ם קשה מהירושלמי דנזיר פרק כה"ג דשם נקט כד סליק דוקליטום מלכא להכא חמן לר' חיי מפסע על קברייתא דלור ע"ש מבואר שעבר ר' חיי על קברים וקשה הלא קבר סתום מטמא מכל סביביו לרמב"ם, אך להירושלמי הלא מותר טומאה דאורי' משום כבוד הבריות ולהירושלמי לא ק' קושי' תוס' בברכות י"ט ממדלגין ע"ג ארונות וקושי' תוס' קאי רק לגמרא דידן שם דרק טומאה דרבנן מתירין ובגמ' דידן תני היו מדלגין ע"ג ארונות ולא ע"ג קברים ועפ"י חילוק הרמב"ם בין ארון לקבר לא ק' קושי' תוס', ולרש"י בנזיר דף כ"ג ובפסחים דף ע' ותוס' בע"ז דף מ"ב ורא"ד בפ"יב ובפרק ז' מה' טומאת מת דכ' דקבר סתום שיש בו חלל טפח אינו מטמא מה"ת בלא"ה לא קשה מה שדלג ר"ח על הקברים:

וייש לעיין לרמ"א אם הכהן נושא את כפיו ברגל ובשעת נשיאת כפים מת שם אחד בפתע פתאום אי לריך להפסיק

להפסיק מנשיאת כפים ולרוץ לחוץ או שיגמור, דלפמ"ש תוס' בברכות דף כ' דעשה דוחה לל"ת ועשה דטומאת כהנים משום שהל"ת אינו שוה בכל ע"ש י"ל ה"ה הכא עשה דנ"כ המוטל על הכהן ידחה לעשה ול"ת דטומאת כהנים, ומצאתי בירושלמי בנזיר פ' כה"ג הלכה א' מהו שיטמא כהן לנשיאת כפים גבילה אמר בשם ר' אחא שמטמא לנ"כ וכששמע ר' אחא כעס, ואמר שהוא התיר שסבר עשה דוחה לל"ת אנא לא אמרי עש"ה אך י"ל דוקא קודם שהתחיל לישא את כפיו יוכל לצאת מבה"כ וליכא חיוב עשה עליו אבל כשכבר התחיל דהעשה כבר חלה עליו יש לאמר שלא יפסיק לשיטת תוס' שהבאתי, גם י"ל בדאיכא כהנים אחרים שנושאים כפיהם שנתקיים העשה עכ"פ ע"י אחרים, אבל בדליכא כהן אחר בבה"כ כ"א הוא בלבד כשיפסיק יתבטל העשה לגמרי י"ל שיגמור:

ג' שם סעי' ב' קברי עכום, שורש הדין בגמ' דיבמות דף ס"א אמר ר"ש אתם קרוים אדם ואין עכום קרוים אדם ואין מטמאין באהל, ורבנן פליגי עליו, ועיין ברמב"ם בפ"ג מה' אבל דפסק כר"ש דנכרי אינו מטמא באהל כ"א במגע ובמשא, וע"ש בהגהות מיימוני שמביא דעת ר"ת שפוסק כרבנן דר"ש דמטמא באהל ור' אליעזר ממיץ בס' יראים פוסק דאינו מטמא אף במגע ובמשא, והכמ"י בב"מ דף קי"ד מביא יש אומרים דאף בנגיעה מותר לכהן והוה כטומאת נבלה, וכעין זה כ' תוס' בסנהדרין דף ע"ד ע"ב ד"ה והא אסתר שתירץ ר"ת שם דבעילת נכרי לא הוה בכלל עריות דהתורה אפקרי לזרעי' דכתיב וזרמת סוסים זרמתם ונחשבו כבהמות ע"ש וכאן סובר ר"ת בהיפך דנכרי דינו כאדם ומטמא באהל, ועיין בתוס' בב"מ קי"ד ע"ב ד"ה אמר ליה שהקשו איך החיה אלי' הנביא את בן האלמנה מצרפית הלא אמרו אלי' זה פנחס הכהן ע"ש נראה לשיטת ר"ת שהבאתי בסעי' הקודם שפוסק כר"ע דכהן שנטמא באותו יום פטור כשמטמא למת אחר ע"ש כיון דאלי' היה דר באותו בית בעליה אצל הצרפית ובנה מת בעת שהיה אלי' שם בבית ונטמא באהל המת וכיון שנטמא הי' מותר לו מה"ת להחיות את המת באותו יום ועדיין לא אסרו חז"ל, ועיין בתוס' יבמות דף ס"א ד"ה ממגע שהקשו דגם בנגיעה כתיב או בעצם אדם ע"ש והנה רש"י בנזיר דף כ"ד כ' דר"ל כר"ש ס"ל דנכרי אינו מטמא באהל ומה"ט הי' ראוי שלא יטמא גם במגע ובמשא ע"ז בא או בקבר לרבות בנכרי שיטמא במגע ובמשא ע"ש ובזה מסולקת קושי' תוס' בנזיר כ"ד ד"ה או שהקשו לרבינא דמטמא במגע למה לי או בקבר ע"ש אך לרש"י ניחא דמזה ילפינן לרבינא דמטמא במגע ובמשא וע"ש בסוף הדבור שכ' א"כ דקסבר מקבר שלפני הדיבור נרבה קבר שלאחר הדיבור ע"ש לדעתי כלו לתרץ קושיתם שם שהקשו לרבנן למה לי או בקבר ע"ז תירצו דגם רבנן סוברים כר"ש אתם קרוים אדם ואין א"ה קרוים אדם אלא דהם סוברים דכיון דאמרה תורה או בקבר לרבות קברים שלפני הדיבור ממילא מוכח דגם נכרי שלאחר הדיבור מטמא באהל כישראל, ועיין שם בגמ' דמקשינן ממלחמת מדין כל הורג נפש תתחטאו ומתרצינן דלמא אקטיל חד מישראל ע"ש וקשה לי להרמב"ם דספק מה"ת לקולא כיון דאינו אלא ספק דלמא אקטיל חד מישראל למה יתחטאו, שנית קשה הלא אף אם נקטל חד מישראל הלא רובא דרובא מדינים נקטלו ואמאי יתחטאו הלא כל אחד ואחד שהרג נפש יוכל לילך אחר רוב שזה שהרג הי' מרוב מתי נכרים ולא מישראל ואף לר"מ דחייש למיעוט הלא תוס' בחולין דף י"ב כתבו דמה"ת גם ר"מ לא חייש למיעוט, גם הלא ביבמות קי"ט מבואר ברוב וחזקה יחדיו הוה מיעוטא דמיעוטא ואף ר"מ לא חייש וכל א' שהרג היה לו חזקת טהרה ונוקמא אותו עדיין בחזקת טהרה שנכרי הרג והוה רובא וחזקה, ואין לאמר הלא נלטוו ישראל לצור את המדינים וישראל הלכו למדינים ללחום בהם, והיו המדינים קבוע ונחשבים כמחצה על מחצה עם א' מישראל, זה ליתא, חדא דוקא אם המיעוט בודאי כאן אז יש קבוע דילפינן מוארב וקם דשם הוה ע' ישראל ונכרי אחד ביניהם ואמרה תורה שהמיעוט נחשב למחצה, אבל אם הרוב ודאי כאן והמיעוט אינו אלא ספק דלמא חד מישראל נקטל לא אמרי' קבוע כמחצה, שנית דוקא אם גם המיעוט קבוע כמו הרוב הוה כמחצה אבל הכא אף אם המדינים קבועים הלא הישראלים נעו ונדו והלכו אצלם, גם קשה הלא ספק טומאה ברה"ר טהור ואין לך רה"ר גדול ממקום מלחמה שלוחמים שם אלפים ורבבות ובכל א' שנהרג יש ספק אם הוא נכרי או ישראל וברה"ר ספק טהור, ועיין בתי"ט בפ"ח דאהלות משנה ז' שכ' דמש"ה מדורת נכרים טמאות לר"ש משום שמא יגע או ישיט בנפל הקבור שם ואף לר"ש מטמא נכרי במגע ובמשא ע"ש והנה לס' יראים שפוסק דאף במגע ליכא טומאה בנכרי עדיין קשה מדורת נכרים, אך הלא הס' יראים מודה לענין תרומה וקדשים נכרים מטמאים במגע ובמשא טומאת ז' רק שהכהנים אינם מוזהרים ע"ש י"ל במדורת נכרים יש לחוש שמא יגעו או ישיטו בנפלים ויאכלו תרומה וקדשים:

ועיין בתשו' הרשב"א סי' פ"ג בקבר שנמצא ברה"ר ויש ספק אם הוא של נכרי או של ישראל כ' שם דיש ליזל בתר רוב שהם נכרים, ואפילו אי הוה רה"י וספק ברה"י טמא אף בדלא אתחזק כאן אזלינן בתר רובא ע"ש ועיין בחידושי הר"ן ריש מס' נדה שכ' דוקא דומי' דסוטה דשם המטמא ודאי הוא וכל הספק אם האשה נטמאה מזה שנסתרה עמו, אבל אם יש ספק אי יש כאן דבר

שיוכל לטמאות לא אמרינן ספק טומאה ברה"י טמא עש"ה לפ"ז הכא דיש ספק אי יש כאן דבר המטמא דשמא נכרי הוא ואינו מטמא באהל, בכה"ג אפילו ברה"י לא אמרינן ספק טמא וכן קשה אדלעיל על מלחמת מדין אף אי הוה רה"י כיון דיש ספק אי נקטל חד מישראל שראוי לטמאות, ועיין בספר דברי חמודות לבעל תי"ט על הרא"ש בה' טומאת כהנים שמביא בשם תשו' רשב"א בדאיכא ספק במת מצוה אי המת הוה נכרי או ישראל איך יתנהגו נזיר וכהן אם יטמאו לספק עש"ה והנה לש' יראים דנכרי אינו מטמא אף במגע ובמשא יוכלו לטמאות ממ"נ אם הוא ישראל הלא מצוה לטמאות לו ואם הוא נכרי ליכא שום איסר לכהן ולנזיר לטמאות לו, גם להרמב"ם דספק מה"ת לקולא אין כאן אלא איסר דרבנן ובהיפך אם הוא ישראל מקיימי מצות עשה ועיין בחוות דעת י"ד סי' ק"י שכ' דלרמב"ם במצות עשה ספקא מה"ת לחומרא יש מקום לאמר שיטמאו מספק מצות עשה דמה"ת לחומרא משא"כ לענין ספק איסר אינו אלא מדרבנן לחומרא, ולפי מה שהבאתי בסעי' א' מהרבה פוסקים דכהנים בזה"ז אינם אלא ספק יש להתיר להם לטמאות מכח ס"ס חדא שמא המת ישראל הוא ואת"ל נכרי הוא שמא המטמא אותו לאו כהן הוא, אבל בנזיר ליכא ס"ס:

סימן שע"ג

א' סעי' א' אמור ואמרת להזהיר גדולים על הקטנים, יש לעיין כיון דפרשה זו לכהנים נאמרה דלמא דוקא לכהנים אמרה תורה שהם מוזהרים על הקטנים, אבל ישראלים גדולים אינם מוזהרים על הקטנים ואלמא קטן אוכל נבלות אין ב"ד מצווין להפרישו, וראיתי בפרישה כאן סק"א שכ' לאו דוקא כהנים כ"א אף ישראלים מצווים ע"ש ולדעתי יש לתלות זאת בפלוגתא דרמב"ם ורא"ה, לרמב"ם בפ"ב מה' אבל ולרא"ה בס' החנוך סי' רס"ד ולרשב"א בתשו' סי' כ"ז שסוברים דרק בכהנים נאמרה המ"ע דלה יטמא ולא לישראל, ע"ש י"ל גם לענין להזהיר גדולים על הקטנים ג"כ רק לכהנים נאמרה ולא לישראל, אבל לרמב"ן ורא"ש וטור דפליגי וסוברים דמ"ע דלה יטמא קאי גם אישראל ה"כ י"ל דגם ישראלים נצטוו, והנה מתוס' בברכות דף כ' יש להוכיח דסוברים כרא"ש דכתבו שם ומ"ה הכהן מטמא לקרוביו דעשה דוחה לעשה ול"ת משום דאינו שוה בכל ע"ש וקשה הא תינח אם העשה שוה בכל אז יש לעשה דלה יטמא כח לדחות לעשה ול"ת דאינו שוה בכל, אבל אי העשה דלה יטמא אינו נוהג אלא בכהנים הלא גם העשה אינו שוה בכל אע"כ דתוס' סוברים כהרא"ש, וכמ"י שם שכ' טעם אחר ומיאן בדברי תוס' י"ל דסובר כהרמב"ם לכן הולך שם לאמר שהטומאה לא נאמרה בקרובים ע"ש. ואחר העיון יש לתלות בפלוגתא אחריתא דעיין בשאלתות בפ' אמור ובהלכות גדולות בסי' כ"ב בה' טומאה וברמב"ם פ"ג מאבל ובתשו' רשב"א סי' קכ"ח שחולק על ר' יונתן ומפרש אמור ואמרת להזהיר האב על הבן שלא יניחנו לטמא למתים דאין ב"ד והאב מצווים להפרישו רק שלא יטמא אותו בידים, וכיון דמלינו ביבמות דף קי"ד גם בשרצים ודם כן ועבדינן שם לריכותא ללמד משם לכל התורה ודאי גם בישראלים נאמרה שלא לטמאות בידים כהן קטן, אבל הטור והכמ"י ור' יונתן דסוברים דצריכין להפריש כהנים קטנים מטומאה, וכיון דבכל התורה בקטן אוכל נבלות אין ב"ד מצווין להפרישו יש לאמר רק לכהנים לותה התורה שצריכין להפריש הקטנים מטומאה אבל לישראלים לא, וכן מבואר בלישנא דר' יונתן שכ' שהאב חייב להפריש את בנו, ועיין ברמב"ם פ"ג מה' אבל הלכה ה' שכ' שאם אחד מטמא הכהן אם הנטמא מזיד אין לוקין המטמא, אבל אם הוא שוגג לוקין המטמא וע"ש בלחם משנה שהקשה עליו מ"ש מזיד משוגג הלא אין לוקין על לפני עור דהוה לאו שבכללות והניח בקושי' ועיין ברמב"ם סוף ה' כלאים המלבישים כלאים ושם תמה הכ"מ עליו, ונראה דעיין ביבמות קי"ד דיש לן ג' לאוין בשרצים ודם וטומאה להזהיר גדולים על הקטנים ועבדינן שם לריכותא ומשם אנו למדים לכל התורה ע"ש והנה אם הגדול מזיד הוא אז אין לו דמיון לקטן שאינו בר דעת דעל הקטן מוזהרים הגדולים שלא להאכיל אותם איסורים אבל על גדול בר דעת לא הוזהרו, אבל אם הגדול שוגג הוא בדבר זה אז נחשב בזה כקטן דגם הוא אינו יודע כמו הקטן ואז עובר הגדול המאכיל אותו האיסור בלאו פרטי דלהזהיר ונלקה, ורק אם הנטמא מזיד אז אין המטמא עובר בלאו דלהזהיר כ"א בלאו דלפני עור דאין לוקין עליו וכן הוא בכלאים והרמב"ם בה' אבלות דכ' סתם המטמא את הכהן מוכח דאינו מחלק בין אם המטמא כהן או ישראל וכמ"ש לעיל אליבא דרמב"ם, ועיין בפתחי תשובה סי' שע"א אות י"ב שמביא בשם תשו' דת אש סי' ח' שאוסר להביא תינוק כהן שהולידו מבית אמו למולו להחזירו לאמו אם מת שם אחד ע"ש ואפשר לאמר דהוה ס"ס חדא שמא התינוק שנימול נפל הוא ואין מוזהרין עדיין עליו שלא לטמאותו, ואת"ל שהוא בן קיימא שמא לאו כהן הוא כפי מה שהבאתי בסי' שע"ב סעי' א' בשם כמה פוסקים דכל כהנים בזמננו אינם אלא ספק כהנים כעין מה שכ' הרוקח שהביא הש"ך בסי' שע"א סק"א:

ב' שם סעי' ב' בע"מ אסור לטמאות וחלל מותר, יש לעיין באנדרוגינוס כהן מה דינו לענין טומאה, והנה להך דסוברים דאנדרוגינוס שיש לו זכרות ונקבות

ונקבות הוא ספק זכר וס' נקבה, יש להקל בו שיהי' מותר לטמאות עצמו מטעם ס"ס חדא שמא הוא נקבה ואת"ל שהוא זכר שמא אינו כהן להפוסקים דכל כהני זמננו ספקות הם ומה"ט הי' ג"כ מותר לטומטום דהוא ספק זכר וספק נקבה לטמאות למתים, אך להנך ראשונים שסוברים דאנדרוגינוס כיון דיש לו זכרות ונקבות הוה חלי' זכר וחלי' נקבה יש לעיין דלמא דוקא לכהן שלם אסרה התורה לטמאות למתים ולא לחלי זכר או דלמא גם למקצת כהן אסרה, וכן יש לספק בכהן שבא על חלי שפחה וחלי בת חורין והולידה בן דמצד אמו הוא חלי' כהן וחלי' עבד אם מותר לטמאות למתים או לא, דאף דבעל מום אסור לטמאות למתים התם כל גופו כהן הוא ומותר בתרומה וקדשים אבל זה שאסור לאכול בתרומה וקדשים י"ל דהוה כחלל שמותר לטמאות או שנא התם נתחלל כל גופו משא"כ הכא במקצת גופו הוה כהונה שלא נתחללה:

ג' שם סעי' ג' מלוה שיטמא, יש לעיין לתוס' בברכות כ' שכ' דמש"ה הכהן מטמא לקרוביו משום דעשה דלה יטמא דוחה לעשה ול"ת דאינו שוה בכל, בשלמא בגדול איכא עשה אבל בקטן דליכא עשה ואי' טומאה איכא גביה דגדולים מוזהרים עליו ולמקצת ראשונים צריכין להפרישו מטומאה הי' אסור לטמאותו לקרובים, דלפמ"ש רש"י שם דבקרובים לא נאמרה כלל איסר טומאת כהנים אין לחלק בין גדול לקטן אבל לפמ"ש תוס' יש לחלק כמ"ש, גם עיין ברא"ש בה' טומאת כהנים בשם הרמב"ן דכ' על שיסתום הגולל מותר לטמאות אף שלא לצורך ועיין בתשו' תה"ד שמתיר לכהן לישב בשבת אצל מתו אף דאי אפשר לעסוק בקבורתו, ועיין בש"ך כאן סק"ע שכ' אפילו שלא לצורך מלוה לטמאות ע"ש ולא אדע מנא ליה לש"ך דמלוה לטמאות שלא לצורך הלא הדעת נוטה דרק לצורך מלוה איכא ושלא לצורך אינו אלא רשות:

ועיין בתה"ד שהבאתי שכ' בשם תוס' פסחים ותוס' שאנ"ל שרק לצורך קבורה מותר לטמאות ולפמ"ש המג"א בסי' תקכ"ו ס"ק כ' דהשלכת הנפל לבור היתה קבורתו כמבואר בהרא"ש עש"ה ליכא הוכחה מתוס' פסחים ע' וכונת תוס' שם כיון שכבר הושלך הנפל לבור וזה היתה קבורתו וכיון שנקבר היתה הללה של כהן שלא לצורך ולעולם י"ל קודם קבורה אף טומאה שלא לצורך מותר כהרמב"ן שהבאתי, ונראה לפמ"ש תוס' בברכות כ' דרק מש"ה מותר לכהנים לטמאות לקרוביהם משום דעשה דלה יטמא דוחה לל"ת ע"ש דוקא לצורך קבורה איכא עשה אבל שלא לצורך ליכא עשה ואיסור טומאה במקומה עומדת משא"כ לרש"י שם דלא נאמרה טומאה בקרובים אין חילק בין לצורך בין שלא לצורך. ועיין בתשו' רעק"א סי' רל"ב שחידש דאם נקבר המת על דעת לפנותו מותר לכהן לטמאות לו כשנפנה מקבר ראשון אם הוא עדיין שלם על סתימת גולל בקבר שני עש"ה ויש לי עיון דלמא דוקא בכהן לקרוביו שאני בשרו דעדיין לא פסקה הקורבא, אבל במת מלוה יש לאמר כל זמן שמוטל בשדה בבזיון נקרא מת מלוה אבל כשנקבר ע"מ לפנותו כשנקבר בראשונה לא נקרא עוד מת מלוה ואסור לכהן ולנזיר לטמא לו כשמפנה ומקברו הראשון לקברו השני, ולאשתו הקטנה י"ל ג"כ דאסור לבעלה כהן לטמא לה כשמפנין אותה דהא מה"ת אינה אשתו ורק משום דירשה אמרי' ביבמות הוה כמת מלוה ע"ש ובמת מלוה בכה"ג אין הכהן מטמא, גם יש לעיין לרשב"א אי קבר הראשון דינו כקבר סתום לטמאות מכל סביביו או כקבר פתוח שאינו מטמא בחלל טפח, דהא הרשב"א בתשו' קל"ו כ' בקבר שנסתם ויש לו פתח לפתוח כל זמן שלא פרץ פלימיו אינו מטמא דאפשר שיפתח עוד ורק בפרץ פלימיו גילה דעתו שלא יפתחו עוד וכיון דמיד כשנסתם הקבר נסתם ע"מ לפתחו ולפנות המת משם ולא נחשב סתימת גולל הראשון לסתימה רק סתימת גולל קבר השני אין דינו כקבר סתום, ועיין בש"ע סי' שע"ה סוף סעי' ג' בדעתו לפנותו אם דעתו לפנותו תוך ז' אינו מתאבל כ"א אחר סתימת גולל השני ואם דעתו לפנותו אחר ז' מתאבלין מיד מסתימת גולל הראשון ולא משני והרשב"א אינו מחלק לענין טומאת כהנים בין דעתו לפנותו תוך ז' או אח"כ, ועיין בירושלמי במועד קטן פ' א"מ הלכה ה' דיש פלוגתא שם בזה הרבה תנאים סוברים בדעתו לפנותו תמיד מתאבל מסתימת גולל ראשון:

ד' שם סעי' ד' מטמא לאשתו נשואה כשרה ולא פסולה, עיין ברמב"ם ה' אבלות שכ' דרק מדברי סופרים מתאבל הבעל על אשתו, ועיין ברמב"ם פרק ב' מאבלות ה' ו' שכ' כמה חמורה מלות אבלות שהרי נדחת לו הטומאה מפני קרוביו כדי שיתעסק עמהן ויתאבל עליהן לה יטמא מ"ע ע"ש ועיין בזבחים דף ק' דפליגי בזה ר"ע ור' ישמעאל ר"ע סובר לה יטמא מלות עשה ור' ישמעאל לה יטמא רשות ולפי מה שכ' הרמב"ם י"ל דרק לר"ע אבלות יום ראשון דאוריתא אבל לר"י כל אבלות רק מדרבנן ובזה מיושבים כמה קושי' שמקשים הראשונים, ועיין ברמב"ם בפרק ב' מה' אבלות ה"ז שכ' אשתו של כהן אינו מטמא לה אלא מדברי סופרים ולכן כ' דגם אבלות מבעל לאשתו אינו אלא מד"ס אך עיין בכ"מ שם שכ' דבאשתו גדולה מדינא מטמא לה מדכתיב לשארו זו אשתו ורק באשתו קטנה אמרו ביבמות דף פ"ט האי טעמא ע"ש לפ"ז באשתו הגדולה האבלות מיום ראשון דאוריתא ורק בקטנה הוה מד"ס, ובזה כיחא מה דקשה לרמב"ם מיומא דף י"ד דמקשינן שם על ר"י מכה"ג דעובד והלא מה"ת ליכא אבלות באשתו ולפמ"ש בגדולה יש אבלות מה"ת, גם י"ל

לאיכות לחוד ואבלות לחוד דהא לדידן דקי"ל כהרא"ש דאבלות יום ראשון רק מדרבנן בכל זאת איכות מדאורייתא הוה:

ה' שם לכשרה ולא לפסולה, עיין בספר האשכול להראב"ד שכ' והיכא דעבר ונשא חלוצה דלא חזי' לכהונה אסור לטמא לה ע"ש ויש לעיין לתשו' מהרשד"ם באה"ע סי' רל"ה ולתשו' שבות יעקב ח"א סי' ל"ג בכהן שנשא שבויה או חלוצה דא"ל להוציאה בגט משום דרק מדרבנן פסולות לכהן והכהנים בזמן הזה רק ספק כהנים הם ע"ש ולעיל הבאתי חבל נביאים ראשונים ואחרונים שכתבו כולם שהכהנים בזה"ז רק ספקות הם ע"ש וכיון דהוה עשה דאורי' כ"א לשארו זו אשתו לטמאות לה למה לא יטמא לחלוצה כיון דבדיעבד א"ל להוציאה בגט ואף דלהרמב"ם והחנוך ורש"י ורשב"א שהבאתי לעיל דרק הכהנים מוזהרים בעשה ולא ישראלי' ומ"מ אם הוא כהן הלא חלוצה אסורה לו מדרבנן וחכמים העמידו דבריהם לעקור דבר מה"ת בשב וא"ת, ואם הוא ישראל וחלוצה מותרת לו הלא ליכא עליו מ"ע לטמאות לאשתו ולמה יכניס עצמו לספק, אבל להרמב"ן והרא"ש והטור דחולקים עליהם וסוברים דגם ישראלים מחויבים במ"ע לטמאות לז' קרובים הי' לן לאמר שיטמא הכהן לאשתו חלוצה, גם יש לעיין באשתו קטנה שהיא פסולה לו דאחז"ל ביבמות דף פ"ע דמש"ה מטמא לה משום דירשה והוה כמת מצוה ע"ש והלא במת מצוה ליכא חילוק בין כשר לפסול ויהי' רשאי לטמאות לה, אך י"ל אף דקי"ל קדושין תופסין בחיי לאוין י"ל דוקא בגדולה דהוה קדושין דאורי' אבל בקטנה דפסולה לו דכל הקדושין מדרבנן י"ל דבכה"ג לא תיקנו חז"ל ואין כאן קדושין כלל ואינה יורשה ולא הוה כמת מצוה, ומצאתי בר' יהוסף חלק חוה כתיב כ"ח שכ' לאשתו קטנה פסולה אינו מטמא לה ע"ש ועיין בב"ח סי' שע"ד סק"א שכ' דגם במת מצוה הדין כמו בקרובים של כהן דאם הם מינין או מומרין אינו מטמא להם ע"ש ויש לעיין הלא חזינן דנזיר וכה"ג שאין מטמאין לקרוביהם ומטמאין למת מצוה ה"כ אפשר במת מצוה אף במינין ומומרין מטמאין דאעפ"י שחטא ישראל הוא:

שם סעי' ד' ולבנו ולבתו דקים ליה שכלו להם חדשים. עיין לעיל בספרי סימן שע"ב אות ב' שם הבאתי חבל נבאים עשרה עמודי הוראה אשר בית ישראל נמשכו אחריהם כולם סוברים דכהנים בזמן הזה אינם ודאי כהנים כ"א ספק ע"ש לפי דבריהם יש להתיר לכהן לטמא לבנו ולבתו לאחיו ולאחותו כשמתו תוך שלשים ולא נודע אם כלו להם ט' חדשים כיון דרוב וולדות בני קיימא הם ורק מיעוט נפלים הם ולהכן ונחמרינן לחוש למיעוט נפלים שלריכה האם חלילה לפ"ז הכא דהכהנים אינם רק ספק אמרינן ספקא דרבנן לקולא ויכול לסמוך על הרוב שהם בני קיימא, ועוד זאת הלא מוכרח זו קולא היא לגבי קיום עשה דהא לה יטמא הוה עשה דאוריתא לטמא לז' קרובים ומה"ת הוה הולד בן קיימא וחייב הכהן במ"ע להתעסק עמו ולטמאות לו לכן לדעתי בכהני זמננו יטמאו בולד שמת בתוך ל' אף בלא ידעו שכלו להם ט' חדשים:

ו' שם ולא לאחותו שהיא ארוסה, עיין במשנה למלך בפ"ב מה' אבל ה"ז שמחליט דאם אחותו של כהן היא רק ארוסה מדרבנן אחיה מטמא לה מדאמרינן ביבמות דף פ"ע דבעל של אשתו הקטנה הי' אסור לטמאות משום דנשואין שלו אינן אלא מדרבנן ורק משום דהוה כמת מצוה מטמא לה, הכא דלא שייך מת מצוה אין בכח ארוסין דרבנן לדחות העשה דלה יטמא ע"ש ולדעתי אין דמיונו עולה יפה הלא חז"ל העמידו דבריהם לעקור עשה בשב וא"ת וכיון דמדרבנן היא ארוסה הוה כארוסה דאוריתא לעקור העשה דלה יטמא בשב וא"ת שלא יטמא לה, אבל ביבמות פ"ע שפיר מקשינן איך מטמא הבעל לאשתו הקטנה הא אין כח ביד חכמים לעקור בקום ועשה להתיר איסור עשה ול"ת דטומאת כהנים שיטמא לה בקום ועשה, ועוד ראיתי שם במ"ל דברים תמוהים לדעתי שכ' שם דמש"ה מקשה הגמ' ביבמות שם דמדאוריתא אביה מטמא לה אבל אחיה אסורים לטמאות לה משום דהוה בעולה ואמה אינה מלוה ונשאר רק אביה שמטמא לבתו בעולה ג"כ עש"ה ודבריו תמוהים הלא התם באשת כהן איירינן שהיא ישראלית ובעלה כהן ומטמא לה כשהיא קטנה ע"ש ואחיה ישראלים הם ולמה לא יהי' רשאים לטמא לה הלא אינם כהנים, ומה שדייק מלשון אביה דנקט בגמרא דשאר קרובים אינם רשאים לטמאות העלים עינו מרש"י שם ד"ה מדאוריתא שכ' אביה היינו קרובי האב למעוטי קרובי האם ובכלל אביה כל קרובי האב, ולדעתי יש להביא ראי' משם כנגד הרמב"ם והרשב"א והחנוך שהבאתי דסוברים דרק כהנים מלווים לטמא לקרובים מדאמרינן שם אביה מדאוריתא מטמא לה אף דהיא ישראלית ע"כ דגם בישראלים איכא העשה דלה יטמא וחייב אביה לטמא לה מדאוריתא:

ז' שם אבל מטמא לאחותו הארוסה שנתגרשה, ואם נשאת ולא נבעלה ונתגרשה משמע דאינו מטמא לה מדנקט ארוסה שנתגרשה וזהו כמו שכ' הריטב"א ביבמות דף ס' כיון שנשאת רחוקה היא, אך הרמב"ן והרשב"א שם כתבו בהחלט גמור דמטמא לה כשנשאת ולא נבעלה ונתגרשה עש"ה ולכאורה יש לדייק מדנקט נתגרשה דאם מת הארוס ונתאלמנה מארוסין דאינו מטמא לה, אך מצאתי בריטב"א שם שכ' בהחלט שנתגרשה או נתאלמנה ע"ש והא דנקט נתגרשה לרבותא אף דע"י גרושין אסורה

אסורה לכהן מותרי׳ לטמא לה, והנה בארוסה שמת הארוס והניח אח והיא זקוקה לו יש לעיין קצת אי אחיה רשאין לטמא לה מי כיון דכיון דמת הארוס יטמאו לה, או כיון שלא עדיין היא זקוקה ולא פסקו קדושין של הראשון עדיין, ומסתברא דאסור לטמא לה דעיין ברמב״ם בפ״א מה׳ יבום ה״א שכ׳ מלות עשה מה״ת שייבם אדם אשת אחיו בין מן הנשואין ובין מן הארוסין ומה״ת א״ל נקדש ליבמתו שזו אשתו הוא שהקנו לו מן השמים ע״ש מבואר דקדושין של ראשון מהני לשני כאלו הוא קדשה ועדיין נחשבת כארוסה, ובזה מתורץ למה נקט ארוסה שנתגרשה ולא נקט שמת ארוסה, דבנתגרשה בכל אופן יכול לטמאות לה אבל במת הארוס אם יש להארוס אח ומאב אסור לכהן לטמאות לה כל זמן שלא חלץ לה ונקט מלתא פסיקתא:

סימן שע״ד

א׳ סעי׳ א׳ מלוה לטמאות למת מלוה. יש לעיין בתינוק שמת בתוך ל׳ ונמצא מושלך בשדה מה דינו אי כהן ונזיר יטמא לו כיון דמבואר בסי׳ שע״ג סעי׳ ד׳ דכהן אסור לטמאות לבנו ולבתו שמתו בתוך ל׳ דחיישינן שמא נפל הוא, והנה לב״ח כאן סק״א שכ׳ דמת מלוה דינו לגמרי כמו בקרובי הכהן ע״ש גם במת מלוה אין מטמאין אך כבר כתבתי בסי׳ שע״ג דמת מלוה אינו שוה לקרובי הכהן לכן אין ספק אללי דבתוך ל׳ במת מלוה שהכהן והנזיר מטמאין ובנפל ודאי עדיין יש לספק מה דינו דיש לאמר דבנפל לא חיישינן לבזיון שלו שמושלך בשדה ולדעתי יש לתלות בפלוגתא של המג״א בה׳ י״ט סי׳ תקכ״ו ס״ק כ׳ עם הגהת מיימני שם אי מלוה לקבור את נפל והמג״א מסיק שם דיש מלוה לקברו ע״ש וכיון דהוה מלוה לקברו י״ל דגם נזיר וכהן מלווים לקברו, אבל להגהות מיימוני שסובר דליכה מלוה לקבור את נפל אין הכהן ונזיר מתעסקין בקבורתו:

ב׳ שם סעי׳ ג׳ אם יש לו כל לרכו מוסך את ידיו. עיין בב״י כאן בשם הרמב״ן תה״א דמחלק בין מת מלוה דאז בקרא ותנא מטמאין הכהנים עד שית אלפא ובמאן דמתני ליכא שיעורא דבמת מלוה המלוה חלה על כל ישראל אף על הכהנים אבל במת בעיר אין הכהנים מטמאין למאן דתנא ומתני ע״ש והנה דברי הרמב״ן מובנים היטב על פי דברי רש״י בברכות כ׳ דבמת מלוה לא אמרה תורה כלל טומאת כהנים ולא בנזיר ע״ש אבל לתוס׳ שם שכתבו דטעמא דעשה דוחה לעשה ול״ת שאינו שוה בכל, והלא באפשר לקיים שניהם אמרינן דאין עשה דוחה לל״ת וכיון דיש קוברים הצריכים לקבורה י״ל דאין עשה דוחה, ולדעתי י״ל במת מלוה דלוות ולא עכהו והתחיל להתעסק בקבורתו ובשעת ההתעסקות באו אחרים לא יומסוך הנזיר והכהן עוד את ידו בתני ומתני דלר״ע בנטמא למת מותר מה״ת לטמאות בו ביום אף למתים אחרים ורק מדרבנן אסור ואי׳ דרבנן מתירין משום כבוד הבריות ובתני כבוד המת בשית אלפא ובמתני ליכא שיעור, אבל אם לא התחיל עדיין לטמאות הוה איסור דאוריתא, ועיין בתוס׳ בכתובות דף ק״ג שהביאו בשם ר׳ חיים הכהן שאמר אלמלא היה הוא שם כשמת ר״ת היה מטמא לו, ותוס׳ דחו לר״ח דרק בבית הפרס דרבנן מותר ולא בטומאה דאוריתא ע״ש והמעין בירושלמי אי אפשר לפרש כן דהא אמר כשמת רבי בטלה כהונה ומפורש שם בהדי׳ שהכהנים טמאו עלמם לרבנו הקדוש, אך כבר הבאתי לעיל בסי׳ שע״ג דהירושלמי פליג עם גמרא דידן דהירושלמי מתיר מפני כבוד הבריות טומאה דאוריתא, אבל גמרא דידן בברכות דף י״ט מתיר רק טומאת בית הפרס, ולכן מתיר הירושלמי טומאה דאוריתא משום כבוד נשיא אבל לגמרא דידן כתבו תוס׳ שפיר דרק טומאת בית הפרס הותרה משום כבוד הבריות ולא טומאה דאוריתא:

ג׳ שם סעי׳ ח׳, עיין בתשו׳ שאגת ארי׳ חלק ב׳ שנדפס מחדש תשו׳ ז׳ שחידש בתינוק שמת ולא נודע אי היה תוך ל׳ או לאחר ל׳ שאביו ואחיו הכהנים מטמאין לו דהא אפילו כשמת בתוך ל׳ היה רוב דרוב ולדות בני קיימא הם ורק מדרבנן חיישינן למיעוט נפלים והיכא דמספקא לן אי הוה תוך ל׳ או לאחר ל׳ צריכים הכהנים לקיים המלוה דלה יטמא ובכל זאת אין להתאבל עליו דאבלות אינו אלא מדרבנן ע״ש ולא אדע למה לא יתאבלו ג״כ דהא אף לר״מ דחיש למיעוט דוקא היכא דאיכא עכ״פ ודאי מיעוט, אבל היכא דאינו אלא ספק מיעוט דאי הוה לאחר ל׳ גם מיעוט ליכא, ואף לר״מ לא חיישי׳ לספק מיעוט דאין ספק מוליא מידי ודאי רוב, וע״ש בסי׳ ט׳ שכ׳ דבספק בנו או אחיו אין הישראל מלווה לטמאות מדתני׳ בתורת כהנים לה יטמא לודאי מטמא ולא לספק ואי לכהנים א״ל לקרא דפשיטא דלא יעשה ספק איסור אע״כ דקרא לישראל אתי׳ שא״ל לטמא לספק ע״ש והנה נלבד דלית לן יתור בקרא על ספק דהא לריכין קרא דלה יטמא למלות עשה ושפיר י״ל דקאי אכהנים, עוד זאת נראה דאף להנך דאשונים שחולקים על הרמב״ם וסוברים דספק דאוריתא מה״ת לחומרא דוקא בספק אי יש כאן איסור או היתר אז לריכין להחמיר מה״ת אבל בספק אי הוה איסר או מלוה לעשות י״ל לכ״ע ספק לקולא שיעשה המעשה משום ספק עשה ולריכין קרא שהכהן לא יטמא לספק אבל בישראל לריך לטמא מספק דספק עשה לחומרא דלגבי ישראל ליכא חשש איסור:

ועיין בב״י כאן שהשיג על הגהות אשרי בסוף מ״ק שכ׳ אם לא ידעינן שכלו חדשיו ולא נגמרו שעריו ולפרניו

ומת

ומת ביום ל' אין מתאבלין, והק' הב"י הלא אף אם נגמרו שעריו וצפרניו אין מתאבלין עד אחר ל' יום ע"ש ועיין בב"ח סק"ו שכ' על הב"י שהגה"ה יצאה מתחת קולמסו כיון שמת אחר ל' ונגמרו שעריו וצפרניו צריכין להתאבל ע"ש והב"ח שגג בזה הלא הגה"ה כ' שמת ביום ל' ולא לאחר ל' ושפיר השיג הב"י עליו ויש להליץ בעד הגה"ה דהמרדכי בפ' החולץ כ' בתינוק שנפל מן הגג חייבין להתאבל עליו ביום ל' ע"ש הביאו הב"י כאן וי"ל שגם הגה"ה קאי כשמת ע"י סיבה שנפל מן הגג וצריך להיות שנגמרו שעריו וצפרניו ג"כ וכשלא נגמרו א"צ להתאבל אף כשנפל מן הגג דנראה שהי' נפל ועיין בב"י שכ' על הגה"ה שם שכ' בספק בן ט' לראשון ובן ז' לאחרון שהאחרון מתאבל עליו וכ' הב"י לא ידעתי מנין לו ע"ש ועיינתי באור זרוע הגדול בה' אבלות סי' תכ"ח שכ' הא' דינא ונתן טעם ע"ז דהא אמו של ספק תחתיו כשנולד ומחזי כבנו ע"ש לפ"ז דוקא אם אז האם תחתיו אבל אם גרשה או שמתה גם האחרון א"צ להתאבל על ספק בנו ורק כשעדיין אשתו מתאבל עמה אך על הא"ז קשה לישנא דיבמות דף ק' ע"ב דתני הם אוננים עליו בלשון רבים ולא"ז הלא רק האחרון מתאבל, ויש לעיין להא"ז מה הדין בבן כשמת אביו מספק אי סובר ג"כ דהבן מתאבל רק על האחרון שאמו נשואה לו עתה ומתאבל עמה ולא על הראשון שגרש את אמו או שמא יש לחלק דאם מת הבן אם שניהם יתאבלו בבת אחת הלא אין לו רק אב אחד ולא שנים לכן כ' דרק האחרון מתאבל, אבל כשמת אחד מב' האבות שהם בספק אם הבן מתאבל אין כאן דבר המתנגד ואם אחר זמן ימות השני יתאבל עליו ג"כ דהא אינו מתאבל בבת אחת על שניהם, גם אפשר לאמר דאם בעת שמת הבן מתה אמו כיון דאין לחלק בין ראשון לאחרון מודה הא"ז שיתאבלו שניהם דאם לא יתאבלו כלל יהי' גנאי להבן ובזה יש לתרץ קושיתי על הא"ז ממתניתן דתני בל"ר הם אוננים עליו היינו כשכבר מתה אמו אז חייבים שניהם להתאבל עליו:

ד' שם סעי' י' על רבו שלמדו חכמה. עיין בהאשכול לראב"ד בה' טומאת כהנים שכ' אבל לרבו אפילו מובהק לא יטמא ע"ש יש לעיין מב"מ פ' אלו מציאות דתנן התם שחייב אדם בכבוד רבו יותר מבכבוד אביו שאביו מביאו לחיי עה"ז ורבו מביאו לחיי עה"ב וכיון שחייבתה התורה לכהן לטמא לאביו בחיוב עשה יש לאמר קל וחומר שיטמא לרבו מובהק דבאביו איכא ג"כ מיעוט שמא לאו אביו הוא משא"כ ברבו דודאי רבו הוא, גם אמרו חז"ל המלמד את בן חבירו תורה כאלו ילדו, אח"כ מצאתי בירושלמי בנזיר בפ' כה"ג פלוגתא בזה ר' יוסי אסור ור' חוני מתיר עש"ה:

סימן שע"ה

א' סעי' א', עיין בטור כאן שמביא בשם רש"י והרמב"ן שמיד שסותמין הארון בבית במשמרים להוליכו לבה"ק הוה כנקבר ומאז תתחיל האבלות, והטור והש"ע פוסקים כר"ת ורא"ש דרק אחר סתימת הקבר נגמרה הקבורה ורק מאז הוה התחלת אבלות ע"ש ולדעתי יש סמך לרש"י ורמב"ן מגמ' דסנהדרין דף מ"ו ע"ב אמר ליה שבור מלכא לר' חמא מנין לקבורה מן התורה אשתק והקשה רשב"י עליו למה לא השיב מדכתיב כי קבור תקברנו והשיב דליעבד ליה ארון ותקברנו לא משמע ליה ע"ש והא תינח לרש"י ורמב"ן, יש לאמר כי קבור היינו נתינה בארון ותקברנו לא משמע ליה לשבור מלכא, אבל לאידך הלא רק נתינה בקרקע וסתימה בקרקע נקראת קבורה ולא נתינה בארון, וניחא נמי לישנא דרשב"י שם דאמר רמז לקבורה מה"ת מנין ת"ל קבור תקברנו ולמה אמר רק רמז, ובזה י"ל כיון דיש לאמר דקבור היינו נתינה בארון והריבוי דתקברנו אינו אלא רמז, ועיין בתוס' במ"ק דף י"ט דילפינן ז' ימי אבלות מוהפכתי חגיכם לאבל וכתבו תוס' שם ד"ה מה חג דמועט לאביו אבל ז' ימים אין ללמוד דהיה קודם קבורה והביאו הירושלמי שמתרץ דאין ללמוד משם דהוה קודם מתן תורה ע"ש י"ל תוס' סוברים כר"ת והרא"ש דנתינה בארון לא הוה קבורה ושפיר תירצו דהוה קודם קבורה, אבל הירושלמי מיאן בתירוץ זה דסובר כרש"י ורמב"ן דנתינה בארון בסתימת משמרים הוה כקבורה וכיון שהוליכו ליעקב דרך רחוק ודאי סתמו הארון במשמרים והוה כקבורה והוצרך הירושלמי לתרץ בענין אחר משום דהוה קודם מתן תורה, אך קשה דהירושלמי סותר דבריו דבמועד קטן דף ח' יליף ר' יעקב ב"א ממלא שבוע זאת דאין מערבין שמחה בשמחה ע"ש והלא הוה קודם מתן תורה ואין למדין מקרא דקודם מתן תורה, ועיין בב"ח סק"ג שתמה על הש"ע כאן דבסעי' א' פוסק דלא כרש"י ורמב"ן ובסעי' ד' פוסק דמונין ז' ול' משהושב בארון קודם קבורה ע"ש ועיין בש"ך סק"ג כאן שמביא בשם הראב"ן שמחלק בין אם יביאו המת תוך ג' לקבר אז מונין הנשארים בבית גם כן משיקבר, ואם יביאו המת אחר ג' לקבר צריכין למנות הנשארים מיד והש"ך מסכים עמו ועיין בה' שמחות למהר"ם ראטענבורג שמביא כן בשם רבנו אבי העזרי ע"ש י"ל התם כיון דהיתה העיר במצור ולא ידעו עד מתי תהיה העיר במצור ולא יהי' בידם לקברו תוך ג' סמוכין על רש"י ומתחילין מסתימת הארון להתאבל, אבל בשאר מתים שנקברים תוך ג' ימים אין מתחילין להתאבל כ"א אחר סתימת הקבר:

ב' שם סעי' ז' ואם נמצא אחר שנתיאשו. עיין בש"ך סק"ח שתמה על הטור והש"ע שפסקו

שאין

שאין הקרובים מתאבלין כשנולא הלא בסימן ת"ג פסק הש"ע שכל קרובים חייבים להתאבל ביום שמלקטין העלמות והניח בל"ע, ונראה דעיין בש"ך שמביא בשם ר' ירוחם אם א"כ כמלא ההרוג וקברוהו הורה ר' אליקום דאין מתאבלין עליו אפילו בניו אבל ר' מאיר כתב דבניו מתאבלין ע"ש דסברו דלא דמי לליקוט עלמות דהתם האבלות משעת לקיטה מהקבר הקדום עד שנקברים בהשני דלקיחה מהקבר שנחו שם העלמות נחשב להם לבזיון, אבל הכא שעדיין לא בא המת אל המנוחה ועתה כשנמלא יבא לקבורה סובר ר' אליקום דאף בניו א"ל להתאבל שכבר התאבלו ור' מאיר מחמיר בבניו ולא בשאר קרובים, והטור והש"ע פוסקים כר' מאיר, ובאמת מלשון הברייתא במועד קטן דף ח' דתני המלקט עלמות אביו ואמו ה"ז מתאבל עליהם משמע דאף בליקוט עלמות רק הבנים מתאבלין ולא שאר קרובים וכן כ' הרמב"ם בפי"ב מה' אבל הא' רק בעלמות אביו ואמו ה"ז מתאבל, והא דתני במס' שמחות כל שקורעין בשעת מיתה קורעין בשעת ליקוט עלמות ע"ש י"ל דוקא קורעין ולא מתאבלין דקריעה לחודא ואבלות לחודא, וע"ם בכסף משנה שהק' על הרמב"ם למה לא הביא הך דיכא שאין מלקטין סמוך לחשכה ותירולו דחוק ע"ם כראה דהרמב"ם גרס כגי' רוקח בסימן ש"ד שכ' ליקוט עלמות אינו אלא יום אחד לפיכך מלקטין אותו עם חשכה ע"ם וקמ"ל עלה טובה ללקט סמוך לחשכה שלא ילטרך להתאבל דמיד שחשכה הוה יום אחר וא"ל להתאבל ולאו דיכא הוא לכן לא הולרך הרמב"ם להביאו ומהסי טעמא פוסק הרמב"ן שם דבמועד מותר ללקטן ואינו מתאבל עליהן דלית ליה הא דאסור ללקט סמוך לחשכה שלא לבטל האבלות דלהך פירוש אסור ללקט גם במועד שלא לבטל האבלות, ולדעתי יש לפרש גם בהרא"ש במ"ק דף ח' כן שכ' שלא ילקט עם חשכה ע"ם יש לפרש שלא ילקט בעת שתחשך שאז ילטרך להתאבל כ"ד שעות עד לאת הכוכבים למחרת מערב עד ערב, כי אם ילקט קודם לחשכה לקלר האבלות שאז יתאבל רק שעה מועטת עד שתחשך:

ג' שם סעי' ח' אם בא ממקום קרוב מהלך י' פרסאות.
עיין ביד שאול שכ' אף שבזמננו יש לנו רכב ברזל שהולכין מ' פרסאות ביום אחד בכל זאת לא נקרא מקום קרוב ומביא ראי' מיבמות דף קט"ז וממכות דף ה' דלא חיישינן לגמלא פרחא ע"ם ולדעתי ליכא ראי' משם דגמלא פרחא לא שכיחי ורק אחד מרבבות הולך בגמלא פרחא אבל על רכב ברזל כמעט כל בני אדם הולכין ולמה לא ימנה עמהם ועיין ברוקח שכ' בסי' ע"ג אפילו בא ממקום קרוב מונה עמהם כשים גדול הבית בבית, אבל אם אין שם גדול הבית אפילו בא בתוך ג' מונה לעלמו ע"ם הכה לשון אפילו אין לו שהר לכאורה דמשמע מזה לא מבעי כשבא ממקום רחוק דמונה עמהם, ובגמ' מבואר דבבא ממקום רחוק מונה לעלמו, ולריכין לדחוק דלשון אפילו קאי על סוף דבריו דאפילו בא ממקום קרוב בדליכא גדול הבית בבית אף אם בא בתוך ג' אינה מונה עמהם, ועיין בתוס' במ"ק דף כ"ב ד"ה דאתא שהביאו בשם הג' דבתוך ג' אפילו בא ממקום רחוק מונה עמהן ורק כשבא לאחר ג' אז לריך שיבא ממקום קרוב ע"ש לפ"ז כשבא בתוך ג' ברכב ברזל תוך מ' פרסאות אף את"ל כמו שכ' היד שאול שסבאתי דהוה כמקום רחוק יש לן שעד וסמך על דברי ה"ג דבתוך ג' אפילו בא ממקום רחוק שמונה עמהן, וע"ם בתוס' מי שלא ידע כלל מאבלות אף אם בא בתוך ז' מונה עמהן ורק מי שידע מתחלה מאבלות והלך ללות המת בעי שיחזור בתוך ג' כשימנה עמהן אבל לאחר ג' מונה לעלמו אף לר"ם ע"ם וזה הוא היפך משיטת ר' שמחה שמביא מהר"ם מרלטענבורג שסובר אם נקבר המת בעיר שמת שם והלך אחד מהקרובים שהיה שם בשעת מיתה קודם קבורה למקום אחר אף כשחזר ביום ז' מונה עמהם כיון שהיה שם בשעת מיתה, ואם לא היה בעיר כשמת ולא ידע שמת ובא בתוך ז' הוה כיום שמועה ביום לנגד שמונה מיום שמועה שבעה ושלשים ואינו מונה עמהם, וע"ם במהר"ם שמחלק אם גדול הבית דר במקום שמת שם המת וכל שאר קרובים ג"כ דרים שם והולכים ללות המת ולקברו כולם מונים משילאו מפתח ביתם דהוה כאלו נשארו בביתם, ואם גדול הבית דר שם ושאר אחים דרים במקום הקבורה כולם טפלים לגדול הבית ומונים עמו משעת יליאת המת ואם גדול הבית דר במקום הקבורה ושאר אחים במקום המת כולם מונים עם גדול הבית משתיימת הקבר, ואם גדול הבית אינו דר לא במקום שמת ולא במקום שנקבר כי אם במקום אחר אז אלו שנשארים בבית שמת שם מונים משעת יליאה מפתח ביתם ואותן שהלכו עם המת לקברו משעת סתימת הקבר ע"ם ועיין בתשו' שמש לדקה בי"ד סי' כ"ח שכ' מי שהיה בדרך ונודע לו שמת קרובו ולא התחיל להתאבל עד שבא לגדול הבית שמונה עמו כיון שלא התחיל עדיין להתאבל ע"ם ולדעתי כיון שנודע לו חלה האבלות עליו שאסור בדברי תורה וברחילה וסיכה ואף שעדיין לא התאבל בפועל מונה משעת הידיעה וכיון שהתחיל למנות שוב אינו מונה עם גדול הבית הלא קי"ל במת ברגל שמונה האבל מי"ט אחרון יום ראשון של אבלות אף דאינו נוהג אבלות בפועל בי"ט אחרון מוכח דהידיעה מהכי למנות לאבלות:

ד' שם סעי' י"א מי שהתפלל ערבית. עיין בפתחי תשובה כאן אות ו' שמביא בשם תשו' חינוך בית יהודא סי' פ"ג אם אחד מת אחר שהתפללו ערבית ועוד היום גדול בין שהוא בימות החול בין שהוא

בע"ם

בע"ש לעולם חשבינן לימא לקבוע היארצייט ביום שעבר ע"ש ובזה כלה אף אם הבן ג"כ התפלל ערבית דבתר היום אזלינן דעדיין יום הוא וכן פסקינן בש"ע י"ד סי' רס"ב סעי' ז' גבי תינוק שנולד אחר שהתפללו ערבית אף אם אביו ג"כ התפלל כל זמן שהוא יום מחשבינן ליום ראשון, והנה מלשונו שכ' דעוד היום גדול מבואר דאם הי' מת בבה"ש לא תלינן שעדיין היה יום וצריכין לעשות היארצייט יום שלאחריו, אך עיין בב"ח כאן ובפתחי תשובה כאן שמביא בשם הרדב"ז דאם שמע שמת לו מת בבה"ש תלינן להקל דעדיין יום היה ומונין האבלות מיום שלפניו ליום א' ע"ש וכראה דלא דמי דהתם שמע בבה"ש שמת לו מת מקודם תלינן דהשמיעה היתה עדיין ביום של אתמול, אבל כשאנו מסופקים מתי היתה המיתה אם ביום שעבר או ביום שלאחריו מוקמינן אחזקת חי וממשיכין החזקה דהיה חי עד יום שלאחריו ולא מת ביום שלפניו, ורק להט"ז בי"ד סי' של"ז דכ' שם דהיכא דמת לפנינו ממשיכין חזקה דהשתא כל מה דאפשר כיון דחזקת חי עשוי להשתנות י"ל ה"כ אמרינן דהי' עדיין יום ומת ביום שלפניו אבל כבר השיג עליו שם הש"ך בנקה"כ והרבה אחרונים, ועוד זאת י"ל דלא מקדים איכא פורענות לנפשיה שיקדים הפורענות ליום שלפניו כ"א לאחרה על יום שלאחריו ועיין בבית הלל כאן סק"א שכ' שאם בבה"ש בערב הרגל חזרו מבית הקברות צריך למנות אחר הרגל ז' ימי אבלות דלא כב"ח ורדב"ז שהבאתי, אך יש לחלק בין בה"ש בימות החול ובין בה"ש בערב הרגל וערב שבת דבימות החול יכול להתאבל בבה"ש מספק ולתלות שעדיין יום הוא אבל בערב רגל וע"ש דאסור להתאבל דשמא לילה הוא ואף אם עדיין יום הוא הלא תוס' שבת וי"ט מדאורי' או דרבנן הוה וגם בתוס' שבת וי"ט אסור להתאבל כמו בשבת ויו"ט, ועיין בתשו' מים עמוקים תשו' כ"ג שכ' אם הקרובים הם ישראלים סמוך לשבת ורגל אז אין צריכין הקוברים שנשארו בבית להמתין עד שיחזרו הקוברים ויאמרו להם שנקבר המת כי אם שעה מועטת קוד בה"ש יתחילו להתאבל דאז ע"כ נגמר הקבר דהא ישראלים אסורים במלאכה אז ובודאי השלימו מלאכתם וא"צ למנות ז' ימים אחר הרגל ובע"ש עולה ליום אחד, ועיין שם שכ' ג"כ דבה"ש עולה ליום שעבר דתלינן להקל שעדיין יום הוא, ולפמ"ש אין להקל בבה"ש דשבת וי"ט, ועיי' כאן בדגול מרבבה על הש"ך סק"א שמקשה על הש"ע שסותר עצמו דכאן פוסק כרמב"ם ורמב"ן דאם נקבר באותה העיר שמת אין מתאבלין עד שיסתם הקבר, ובסוף סי' של"ט סעי' י"ד פוסק בערב הרגל בערב כשמוסרין לנכרים את המת מתחילין הנשארים בבית להתאבל מיד כשילא המת מהבית ע"ש ועיין בב"י כאן שכ' על הרא"ש דאף דברי בעל הלכות איכא ומבוארים בהדי' דהא אפשר דאיירי בקוברים אותו בעיר אחרת דוקא ע"ש לפ"ז י"ל דגם במחבר בסי' של"ט הכונה ששולחין את המת ע"י נכרים לעיר אחרת, ועוד יש לחלק דוקא כשמקלת קרובים מלוים המת לבה"ק באותה עיר ממתינים הקרובים הנשארים בבית על אותן הקרובים שהלכו עם המת לקברו ואין מתאבלין עד שישובו אחר סתימת הקבר, אבל התם בסי' של"ט מבואר דכל הקרובים נשארו בבית ומסרו המת לנכרים לקברו בכה"ג אמרינן דחלה האבלות משעת היציאה מבית וא"צ להתאבל אחר הרגל:

סימן שע"ו

א' סעי' ד' בהגה נהגו לאמר על אב ואם קדיש, עיין בתשו' חות יאיר תשו' רכ"ב באחד שלא היה לו בן כ"א בת וצוה לפני מותו שילמדו בבית כל י"ב חודש עשרה בני תורה בכל יום ואחר הלמוד תאמר בתו קדיש, כ' התשו' שיש למחות לבתו לאמר קדיש כיון שהמנהג שרק הבנים אומרים קדיש ולא הבנות ע"ש ויש לחלק ולאמר דרק אם האבות אינם מלווים לפני מותם אז יש המנהג שרק הבנים ולא הבנות אומרי' אבל אם מלווים לפני מותם שבתם תאמר קדיש הלא מלוה לקיים דברי המת אם אפשר וכי יש ברכה לבטלה באמירת קדיש, גם יש לאמר דרק בבית הכנסת אין אומרים רק הבנים דאשה בעזרה מכין אבל בבית שהיא דרה שם תוכל לאמר, אך אם הבת כבר הגיעה לגדלות אפשר דיש לחוש משום שקול באשה ערוה ויש לחוש להרהור עברה ולחמוד אבל אם הבת עדיין קטנה היא אז אין לחוש לכך ומלאתי אחר החפוש בתשו' שבות יעקב ח"ב סי' ל"ג שהתיר לבת קטנה לאמר קדיש במנין ולא בבית הכנסת ע"ש:

ב' שם בט"ז סוף סק"ד כ' שאם מת בשבת ויו"ט דאי אפשר לקוברו יאמרו הבנים קדיש קודם הקבורה דהקדיש אינו תלוי באבלות אבל בחול דהם אוננים ופטורים מתפלה לא יאמרו קדיש ע"ש ועיין בתשו' שער אפרים תשו' ל"ט שנשאל אי אונן יאמר קדיש והשיב עיין בזוהר פ' ויקהל אי בן אדם נידון משעת יציאת נשמה עד שעה שמוליכין אותו לקבר ע"ש ושם בזוהר כ' שבעה דינין יחלפון עליה דבר נש כד נפק מהאי עלמא, חד האי דיכא עילאה כד נפק רוחא מן גופא ע"ש וכיון דהנשמה נידונת גם קודם קבורה יש לאמר קדיש קודם קבורה ומשער אפרים כראה דאינו מחלק בין חול לשבת ויו"ט, והט"ז בעצמו בש"ע א"ח סי' ע"א סוף סק"ב כ' אפילו אונן בחול יאמר קדיש ע"ש והנה בבן קטן דליכא אנינות גביה ודאי אין לחלק בין חול לשבת, ואף בגדול אם יש לו מי שישא משאו לפי הירושלמי בברכות ר"פ מי שמתו דאותן ב' טעמים למה

אונן

אונן פטור ממצות או משום שאין לו מי שישא משאו או משום כבוד המת ע"ש ובאמירת קדיש בעד המת ודאי אין לחוש משום כבוד המת ואם יש לו מי שישא משאו יאמר קדיש, דעכצ"ל כן דאל"ה היה קשה איך נצטוו האוננים במ"ע לעסוק במת וכופין אותן לקיים העשה הלא אוננים פטורים מכל מצות שבתורה אע"כ מצוה שהיא לכבוד המת ולצרכו גם אוננים נצטוו ה"נ י"ל באמירת קדיש אף דפטורים משאר תפלה ומה"ע מברכין האוננים הברכה דיין האמת בשם ומלכות אף שפטורים מכל ברכות דברכה זו לכבוד המת היא, ולפ"ז ה"ה בהרוגי מלכות ובנהרג ע"י לסטים שאין מתאבלים עד שנתיאשו מלקברו כמבואר בש"ע סי' שע"ה י"ל דיאמרו קדיש משעת מיתה ולא ימתינו עד התחלות האבלות, ועיין בנקה"כ שמשיג על הט"ז דרק אחר קבורה יש עונש גהינם ולא קודם והקדיש אינו אלא להצילו מדין גהינם ע"ש וקשה להש"ך למה אומרים קדיש ביארצייט בכל שנה ושנה הלא אחר י"ב חודש ליכא עונש גהינם ואף הרשעים אינם נדונים בגהינם רק י"ב חודש ועכצ"ל דהקדיש מעלה הנשמה ממדרגה למדרגה אף בדליכא גהינם ואמירת קדיש קודם קבורה לזכות הנשמה שלא תבא אחר הקבורה לגהינם, ועיין בט"ז בי"ד סי' ר"מ סקי"ב שתמה דשם כ' המחבר סעי' ט' דאמרינן על אב ואם הריני כפרת משכבו כל י"ב חודש ובסימן שע"ו כ' הרמ"א דאין לאמר קדיש רק י"א חדשים שלא לעשות אבותיו לרשעים עש"ה שהאריך של הט"ז ליתא לפמ"ש הש"ך שם סקי"ג דגם בתוך י"ב חודש יכולין לאמר זכרונו לברכה רק דאין לאמר אחר י"ב חודש הריני כפרת משכבו ע"ש ונראה לעיין בכל בו סי' קי"ד הביאו הב"י והרמ"א כאן שיש לאמר קדיש כל י"ב חודש ועיין בפחד יצחק ערך קדיש שמנהג באיטאליען לאמר קדיש כל י"ב חודש דבאיטאליען יש מנהג ספרדיים, ובכה"ג בי"ד סי' ת"ג כ' ג"כ שהנהיג לאמר קדיש כל י"ב חודש וי"ל המחבר סובר בזה ג"כ ככל בו דאמרינן קדיש כל י"ב חודש ולכן כ' דאומרים הריני כפרת משכבו כל י"ב חודש ולדידן דכ' הרמ"א כאן דנוהגין לאמר קדיש רק י"א חודש באמת אין לאמר הכ"מ בחודש י"ב כ"א כמ"ש הש"ך שם בסימן ר"מ דיכולין לאמר זכרונו לברכה ע"ש ועיין בשבות יעקב ח"ב או"ח סי' קכ"ט שפוסקין לאמר קדיש ביום שלפניו אם מת בי"ז פורקין בט"ז:

סימן שע"ז

א' סעי' א' העבדים והשפחות אין עומדין עליהם בשורה, עיין בירושלמי בברכות סוף פרק ב' על המתניתן שם דאין מקבלין תנחומין על העבדים הא בני חורין מקבלין תנחומין ע"ש בפני משה שפירש דהירושלמי מקשה למה נקט עבדים דמשמע של אחרים ולא עבדיו ע"ש ופירושו אין לו שחר דהא אף על עבדיו ליכא אבלות כיון דליכא קורבא, ועיין ברמב"ן בתה"א בענין התחלה שמפרש שקושי' הירושלמי קאי על ר"ג שקיבל תנחומין על טבי עבדו משום שכשר היה ומקשה כמי דהוה כשר הלא אף על בן חורין שאינו קרוב אין מתאבלין ואין מקבלין תנחומין וסיים שם אלא משום דהוה חשיב עליה כבריה, כונתו עפמש"אחז"ל כל המלמד את בן חברו תורה כאלו ילדו וע"ש שכ' אפילו היה לו לעבד בנים הלא אין לעבדים יחס ואין בהם שאר כלל שיתאבלו קרובים עליהם וכ' שיש לאמר אעפ"י שאין להם חייס מתאבלין הן לענין קרובים ולכן פי' קושי' הירושלמי על ר"ג שלא היה קרוב ע"ש ונראה דעיין ברמב"ם פרק י"ג מה' אבל ה' ד' במת שלא הניח בנים שבאים יוד כשרים ויושבים שם כל ז' ושאר כל העם מתקבלין עליהם והראב"ד שם משיג על הרמב"ם וע"ש בלחם משנה שכ' שפליגי בזה לרמב"ם מתאבלין היוד ושאר העם מנחמין והראב"ד פליג דאין מתאבלין ואין מנחמין ע"ש לפ"ז להרמב"ם י"ל דהירושלמי דייק בניחותא דאף דליכא בעבדים שום קורבא בכל זאת בבני חורין שייך אבלות בדליכא בנים ורק בעבדים ליכא אבלות ומסולק בזה קושי' הראב"ד שכ' שאין לו לרמב"ם שורש ושרשו מהירושלמי, ועיין בתשו' הרא"ש כלל כ"ז סי' ט' הביאו הד"מ סי' שע"ד אות ה' ובסי' שע"ה שיכולין להתאבל ולהברות גם אותן שאינן קרובים כלל ומביא ראי' מדוד המלך ע"ש לפ"ז יש לפרש הירושלמי בניחותא דעל בני חורין יש להתאבל אף בדליכא קורבא ורק בעבדים ליכא אבלות ותנחומין:

ועיין בבית הלל כאן שכ' באבל מנודה דאין עומדין עליו בשורה, אם הוא ברה"ר או כשהוא מהלך דאז אין ד' אמות לאדם למה לא יעמדו עליו בשורה כה"ג ע"ש ודבריו אין להם שחר דנהי דד' אמות שיקנו לאדם איזה חפץ אינם ברה"ר או במהלך ואז אין ד' אמות קונין לו, אבל במנודה אסרו חז"ל לקרב אליו בתוך ד' אמות ובכל אופן צריכין להרחיק ממנו ד' אמות אף כשהוא ברה"ר אף כשמהלך ולכן אין עומדין עליו בשורה:

סימן שע"ח

א' סעי' א' אבל אסור לאכול משלו בסעודה ראשונה, עיין ברמב"ן בתה"א בענין אבלות והטור כאן הביאו שמביא ראי' מהירושלמי דברכות פ' מי שמתו דר' זעירא מדמך ופקיד לא תקבלון עלי יומא דין אכילה ולמחר מדידיה והוכיח מכאן דרק ביום ראשון מברין משל

אחרים ולא ביום ב' עיין בפני משה ובפי' בעל ספר חרדים שגרסו תחת אכילה אבלא ולמחר מרזחיא ופי' בס' חרדים למחר תעשו · מנהג אבלים שמקבלין הבראה והי' מוכח להיפך דגם ביום שני מברין ולוה שביום ראשון יתענו שהיו רגילים להתענות ביום שמת חכם, ויש לתלות בפלוגתא דתוס' במ"ק דף כ"ז ע"ב והרא"ש שם דתוס' פירשו שם דביום ראשון תלי' מלתא דביום ראשון אסור לאכול משלו אף כמה סעודות וכן פסק הרמב"ם בפ"ד מה' אבל ה' ט' וכן כ' הרוקח סי' ש"ג דכל יום ראשון אפילו כמה סעודות צריכין לאכול משל אחרים, והרא"ש מפרש סעודה ראשונה צריכין לאכול משל אחרים ולאו ביומא תלי' מלתא ותמהתי שהמחבר פוסק כהרא"ש והלא תוס' והרמב"ם והרוקח רבים הם שחולקים עליו ומלאתי ברש"י בכתובות דף ח' וביחזקאל קפיטל כ"ד שכ' שם כהרא"ש דרק סעודה ראשונה אסור לאכול ויש לו להרא"ש תנא דמסעי', ולתוס' ולרמב"ם ורוקח דתלי' ביום ראשון ודאי רק ביום א' מברין ולא ביום ב', משא"כ לרש"י ולא"ש דבסעודה ראשונה תלי' מלתא יש לאמר אם אי אפשר ביום ראשון מברין ביום שני, אך המחבר פוסק כרא"ש בסעי' א' ובכל זאת בסעי' ג' פוסק דאין מברין ביום שני, ויש לאמר דמוכח כן מלישנא דר"י אמר רב דאמר אבל אסור ביום ראשון ע"ש ולהרא"ש למה לא אמר אבל אסור בסעודה ראשונה לאכול משלו אע"כ דרולה לאשמעינן דתרתי בעינן יום ראשון וסעודה ראשונה וביום שני אף בסעודה ראשונה אין מברין, ועיין בט"ז סק"א שכ' שאם השכנים לא יקיימו המלוה ואין שולחים יוכל האבל לאכול משלו וא"ל להצטער ע"ש ונראה דיש לדייק בלישנא דר"י אמר רב דאמר אבל אסור ביום ראשון לאכול לחם משלו למה נקט לחם ולא אמר סתם אסור לאכול משלו יהי' המאכל מה שיהי' אע"כ דרולה לאשמעינן דרק לחם והדומה ללחם שקובעין סעודה עליו אסור לאכול משלו כדכתיב ביחזקאל לחם אנשים לא תאכל, אבל שאר דברים כגון גבינה בשר ופירות שאין קובעין סעודה עליהם יכול האבל לאכול משלו וכן מדויק לישנא דרש"י והרא"ש שכ' סעודה ראשונה, לפ"ז י"ל אף אם אחרים לא ישלחו לו לא הותר לאבל לאכול לחם לסעוד משלו, ובכל זאת א"ל להצטער ולהתענות כ"א יאכל דברים שאין סועדים עליהם ואין להקשות מכ' זעירא שלוה ללוש ביום ראשון הלא יכלו לאכול שאר דברים וכן הריב"ש הביאו הב"י כאן לש ביום ראשון י"ל משום שהיה דרכם ללוש ביום שמת ת"ח ולא משום שאסור לאכול שום דבר, וי"ל מה"ט לא אסרו חז"ל רק ביום ראשון אף דביחזקאל לא הוזכר יום ראשון רק סתם ולחם אנשים לא תאכל דחד יומא לא יצטער האדם כ"כ אם לא יאכל לחם כ"א פירות אבל יותר מזה יצטער דלחם לבב אנוש יסעד, ובפלוגתא דהרמב"ם והרא"ש שהבאתי נראה דאזלו לשיטתם, דהרמב"ם בפ"א מה' אבל ה"א פוסק דיום ראשון של אבלות דאוריתא הוא והרא"ש פליג וסובר דכל אבלות מדרבנן, להרמב"ם כיון דלא נאמר ביחזקאל מתי לא יאכלו האבלים מסתבר דכאסר האבלות ס"ה לוה היינו אבלות יום ראשון ואמר לו ה' שאז לא יאכל לחם, אבל לרא"ש דאין חילק בין יום ראשון לשאר ימים לא תליכן כלל ביום כ"א בסעודה תלי' מלתא בסעודה ראשונה אחר הקבורה וסעודה שני' אף ביום ראשון מותרת, ועיין ברמב"ם בפ"ד מה' אבל ה"ט שם לא כאמר דמלוה על אחרים לשלוח לאבל כמו שכ' בש"ע כ"א דאסור לאבל לאכול משלו ובזה יש לתלות מה שכ' הגהות אשרי בסוף מ"ק בשם הא"ז דאין להתענות ביום ראשון אחר הקבורה, והב"י מביא בשם תשו' ריב"ש שלש ביום ראשון דלפי מה שכ' המחבר דיש מלוה על השכנים לשלוח לאבל יש למנוע האבל מללוש שלא יבטל את האחרים ממלותן, אבל להרמב"ם דליכא מלוה על האחרים יכול האבל ללוש גם יש לאמר לרמב"ם אין מברין ביום ב' דרק ביום ראשון כאסר לאבל לאכול משלו, אבל להמחבר נהי דליכא איסור ביום ב' לאבל אבל לאחרים מלוה איכא גם ביום ב', ועיין בשערי דיעה כאן שמקשה על הט"ז למה אינו מביא רא"י מהירושלמי דאמר תבא מארה לשכנים שהלרכוהו לאכול משלו ולעשות מלאכה אלמא דאוכל משלו כששכניו אין שולחין לו ע"ש וי"ל דכונת ירושלמי על עני שאוכל כל יום ויום ממלאכתו ומיגיע כפו אז חייבים השכנים מלד לדקה ליתן לו כל ז' ימי אבלות שאסור במלאכה שלא יצטרך לעשות מלאכה באבלו אבל לא קאי הירושלמי על סעודה ראשונה משאר אבלים שאינם עניים ואפיים בקרא דשוכא מתנות יחיה הכונה שיחיו כל קרוביו ולא יצטרך לקבל סעודת הבראה משכניו שלא יבא לידי אבלות שאז מחויב לקבל מאחרים עכ"פ סעודה ראשונה:

ב' שם סעי ב' ואשה שאירעה אבל אין לאכשים להברותה, עיין בב"י שכ' דטעמא דאין מברין אנשים לאשה משום הרגל עברה, מה"ט אין מלוין אותה לאחר שנקבר המת לביתה וכן בשבת בתוך ז' שרגילין ללוות האבל מבה"כ לביתו אין עושין כן לנשים ע"ש ולדעתי יש לאמר דרק סעודת הבראה שנעשית ע"י יחידים ששולחין מאכלים לבית האבל יש לחוש להרגל עברה אבל הלויה מבה"ק לבית האבל וכן בשבת מבה"כ אז רבים ילכו עם האבל וברבים ליכא חשדא, דלדברי הב"י הי' לן לאסור ג"כ לאנשים לנחם אשה באבלה אע"כ כיון דהמנחמים רבים הם רבים נכנסין ורבים יולאים אין לחוש, ועוד אף אם אנשים לא ילוו למה לא ילוו הנשים שיולאות מבה"כ בשבת את האשה האבלה לביתה:

ג' שם בש"ך סק"ב כ' פי' אעפ"י שמניחם אבלים ע"ש כונתו דבלא"ה אין להקדים פורענות, ולדעתי בלא"ה י"ל אם אין האבל רוצה לקבל מתנות משל אחרים וגם אסור לאכול משלו יבשל ויאפה בביתו ואחד משכניו יבשל סעודה בביתו ויחלפו סעודתם ואז אין האבל אוכל משלו ובכל זאת אין מקבל מתנה מאחר וכן עשה רבה ור' יוסף כשהיה אחד מהם אבל, ועיין בא"ח סי' תרצ"ה סעי' ד' דאביי בר אבין ור"ח בר אבין מחלפי סעודותיהו בפורים ויצאו ידי שלוח מנות :

ד' שם סעי' י"א וכן אם שמע שמועה בשבת עיין בש"ך סקי"א שתמה בל"ע הלא בד"מ סוף סי' זה פסק כהב"י דמברין בשבת ע"ש ולדעתי יש לחלק דוקא בכה"ג שהקבורה היתה בע"ש קודם בה"ש ונמשך החזרה לביתם עד חשכה והי' שבת כיון דאחר סתימת הגולל היה עוד יום ע"ש ומיד חלה האבלות וחיוב ההבראה אז לא פקע החיוב ומברין בשבת כשבאים האבלים לביתם בשבת, אבל אם שמע שמועה בשבת שמת לו קרוב דלא חלה אבלות בשבת גם חיוב הבראה ליכא ואין מברין בשבת, ולפי מה שהביא הב"י כאן בשם ר' ירוחם מהרא"ם דמש"ה תיקנו סעודת הבראה מאחרים כי האבל דואג ונאנח על מתו ואינו רוצה לאכול ורצונו שימות גם הוא, ע"כ נצטוה לאכול משל אחרים ע"ש לפ"ז י"ל הייכו טעמא שלא להברות בשבת דבשבת דחייבין לאכול ג' סעודות מצד יום השבת הלא בלא"ה יצטרך לאכול לקיים חיוב שלש סעודות בשבת ואין צריכין להבראה, ועוד זאת לפי מה שהביא הב"י בשם הריב"ש שלא ביום ראשון שלא רצה להנות משל אחרים ע"ש לפ"ז י"ל בחול שפיר תיקנו סעודת הבראה דאף שנמצאו רבים שאינם רוצים להנות משל אחרים הלא יכולים ללוש ביום הקבורה ולא יצטרכו לעבור על הסכמתם, משא"כ בשבת דאסור להתענות ואם היו מתקנים להברות בשבת היו רבים מוכרחים לעשות נגד הסכמתם ולהנות משל אחרים :

סימן שע"ט

א' שם סעי' א' בהגה לוקח נפשות במשפטו. עיין בטור בשם ה"ג דאין לאמר כן דהא מסקינן בשבת דף כ"ה דיש מיתה בלא חטא דד' מתו בעטיו של נחש, ע"ש בתוס' שהקשו מקרא דקהלת דאדם אין צדיק בארץ אשר יעשה טוב ולא יחטא ע"ש ונראה לתרץ קושיתם דיש לדקדק בהאי קרא למה כתיב יעשה בעתיד ולא עושה טוב בבינוני, ונראה עפ"י מה שאחז"ל אל תאמין בעצמך עד יום מותך שהרי יוחנן כה"ג נעשה לצדוקי לפ' שנים ואמרו איזה גבור הכובש את יצרו ועינינו רואות מי שהיה גבור שנים רבות וכבש את יצרו במלחמתו ונצחו, אח"כ יכולא שיצרו הרע לבסוף ונפסקה גבורתו ועל זה אמר החכם מכל אדם כל זמן שהאדם הצדיק בארץ בעודו חי לא נוכל לידע בבירור שיעשה תמיד טוב עד יום מותו ולא יחטא לבסוף, אבל כשימות והי' גבור כל ימיו ולחם עם יצרו ונצחו אז נודע שעשה רק טוב ולא חטא מעולם, ולארבעה אנשים היו גבורים כל ימיהם ונצחו תמיד על האויב הפנימי ולא חטאו מעולם ומתו רק בעטיו של נחש, גם אפשר לתרץ למה כתיב לשון יעשה בעתיד, עפ"י מה שאמר שלמה במשלי אל תאמר לך היום ושוב למחר בהיות לאל ידך לעשות, ואם מצוה באה לידך אל תתרשל ואל תתעצל לאמר שתעשה המצוה למחר בהיות לאל ידך לעשות אותה מיד היום ומי יודע אם יהי' בידך לעשותה למחר הלא לא תדע מה יולד יום, וע"ז אמר שלמה אף מי שהוא צדיק בארץ שמקיים מצות ה' ולא יעבור עברות, בכל זאת כשמתרשל בעשית המצוה ואומר שיעשה הטוב למחר ולא מיד בלי איחור שלא יחטא בהתרשלותו ובשהייתו, שהתרשלות תחשב לו לחטא, ולעולם נמצאו צדיקים שלא יחטאו כלל ומיושבת קושי' תוס' :

סימן ש"פ

א' סעי' ב' אפילו עני המתפרנס מן הצדקה, כן הוא בגמ' במ"ק דף כ"א ע"ב ויש לדייק הלשון עני המתפרנס בה' הידיעה הייכו עני שדרכו ליקח פרנסתו מן הצדקה ועני כזה אסור לו לעשות מלאכה בג' ימים הראשונים אבל עני שמתפרנס תמיד בזיעת אפו יום יום ע"י עבודתו ומלאכתו יש מקום לאמר שאף בג' ימים הראשונים יעשה מלאכתו שצריך לפרנסתו הלא אחז"ל עשה שבתך חול ואל תצטרך לבריות אף דכתיב וקראת לשבת עונג שלא יצטרך לקבל מן הצדקה א"כ יש לאמר באיש שלא לקח מעולם מצדקה אך ראיתי בב"ח שכ' בהחלט דאפילו בכה"ג אסור לעשות מלאכה בג' ימים הראשונים ע"ש וצריכין לחלק דבשבת הוא דבר שבצנעא שאחרים לא ידעו מה שיאכל, אבל להתיר בפרהסי' לעני לעשות מלאכה לא, לפ"ז בצנעא יש להתיר לעני כזה לעשות בג' ימים הראשונים שלא יצטרך לבריות, אבל עני המתפרנס תמיד מן הצדקה אף בצנעא בג' ימים הראשונים אסור ורק אחר ג' מותר, גם אפשר לחלק בשבת אמרינן אל תצטרך לבריות לבקש מיחידים שיתנו לו דכיון שהולך אדם לבריות פניו משתנות ככרום, אבל מקופת הצדקה בפרט מקופת החשאים אין כאן ביוש כל כך ולכן אמרינן מתפרנס מן הצדקה, גם יש לדייק דוקא במקום שיש קופת צדקה אסור לעשות מלאכה אבל כשיושב

בכפר דליכא שם קופת צדקה ואין מי שיפרנס אותו מותר לו לעשות מלאכה בג' ימים הראשונים כמו שכ' הט"ז בסימן שע"ח סק"א לענין סעודת הבראה דגם אחרים אין שולחין לו דא"ל להלעטער ויאכל משלו ע"ש כ"ש דא"ל להלעטער ג' ימים רצופים באין לו מה לאכול אם אחרים לא יתנו לו:

ב' שם ואשה טווה בפלך בתוך ביתה, עיין באור זרוע בה' אבלות שכ' הא דאשה טווה בפלך אשה שמת בעלה ע"ש כונתו דוקא במת בעלה שאין לה מי שיפרנס אותה התירו לה לטוות בפלך, אבל אם יש לה בעל רק שמת לה אחד מקרוביה כיון שבעלה חייב במזונותיה אסור לה לטוות בפלך, ולדעתי יש לפרש בברייתא דמ"ק דף כ"א אם הבעל אבל, אע"ג דתני במס' שמחות בפרק ה' והטור והרמב"ן והש"ע פסקו כן רק הרי"ף והרמב"ם והרא"ש לא הביאו הברייתא דאבל כל ז' אסור במלאכה הוא ובניו ופירש הרמב"ן היינו בסמוכים על שולחנו ומעשה ידיהם של אביהם וכיון שגם האשה סמוכה על שולחן בעלה ומעשי ידיה לבעלה קא"א דאסורה לעשות בפלך כיון דאסורה במלאכה אשמעינן דמותר לטוות בפלך שלא תשב בטל כיון שהיא אינה מתאבלת רק בעלה שמת לו אחד מקרוביו לא תסי' בעלה לגמרי כל ז' ימים, אבל עדיין לא התירו חז"ל כשהיא אבלה בעצמה שתהיה מאבלתה ותטווה בפלך:

ג' שם בהג"ה כדרך שמותר לכתוב בחה"מ, הב"י מביא כן בשם הכל בו משם הר"ס, והב"ח בשם התשב"ץ ע"ש ולא אוכל להבין למה התירו לכתוב בלי שינוי כמו בחה"מ הלא לא קי"ל כר' אמי במ"ק דף י"א ע"ב דאבלות קילא מחה"מ, כי אם כר' שישא שם דאבלות חמורה מחה"מ מה דמותר בחה"מ ע"י עצמו בדבר האבד אסור באבל ע"י עצמו ורק ע"י אחרים מותר, ולמה לא כיוצא כן גם לענין כתיבה דרק ע"י אחרים יניח לכתוב ולא יכתוב בעצמו, ועיין בר' ירוחם נתיב כ"ח ח"ג שכ' דה"ט דר' שישא דאבלות חמורה משום דהחמירו חז"ל בדבריהם יותר מבשל תורה ע"ש ולפי דבריו י"ל דר' שישא ור' אמי בהא פליגי ר' שישא סובר כל אבלות אינו אלא מדרבנן ולכן צריך חיזוק יותר מבשל תורה ור' אמי סובר אבלות יום ראשון דאורייתא ורק חז"ל הוסיפו עוד ו' ימים וכיון דעיקר אבלות מדאורייתא א"צ חיזוק ועדיפא חה"מ מאבלות דחה"מ כולו מדאורייתא, לפ"ז כיון דקי"ל הכא כר' שישא וממילא ההלכה כהרא"ש והטור בסי' שצ"ח דכל אבלות רק מדרבנן אך להנך ראשונים שפוסקים אבלות יום ראשון דאורייתא וע"כ לית להוא כטעמו של ר' ירוחם בשם הרא"ש כ"א כמו שכתבו קצת ראשונים טעם אחר דחה"מ הוא לכל ישראל לכן הוכרחו להתיר בדבר האבד לעשות בעצמו שגם אם יעשה אחר יעבור, אבל אבלות דרק הוא אבל ולא אחרים אמרו שיניח לעשות ע"י אחרים בדבר האבד ולא בעצמו ולפ"ז עדיין קשה למה התירו לאבל לכתוב בעצמו כמו בחה"מ התם אף אם אחר יכתוב יעשה איסור כמוהו משא"כ באבלות אם אחר יכתוב בעבור האבל יכתוב בהיתר:

והנה הא דהחמירו בג' ימים הראשונים יותר מימים האחרונים כ' הרבנו ירוחם משום דג' ימים הראשוני' לבכיה ע"ש ושאר ראשונים הביאו מהירושלמי במ"ק בפ' א"מ הלכה ה' טעם אחר דע"ש ר' אבא בריה דר' פפי ור' יהושע דסכנין בשם ר' לוי כל תלתא יומין נפשא טייסא על גופא ע"ש לפי טעם זה הי' לן לחשוב הג' ימים מיום המיתה ולא מיום הקבורה דהא מבואר שם דג' ימים משעת מיתה טייסא נפשא על גופא, גם בשמע שמועה תוך ל' דכבר עברו ג' ימים אף מהקבורה הי' לן להקל אף בג' ימים הראשונים כמו אחר ג' דבכה"ג אין לחלק, ועיין היטב בירושלמי בפ' בתרא דיבמות הלכה ג' שמפורש שם דהג' ימים מהמיתה חשבינן, ועיין בס' לחם יהודא על הרמב"ם בפרק ה' מאבל שמביא בשם בעל גינת וורדים בי"ד כלל ה' סי' ג' שמתיר ביום ג' שחרית כמו אחר ג' דאמרינן מקצת היום ככולו ע"ש והמעיין בירושלמי מבואר דכל תלתא יומין נפשא טייסא על גופא, לכן נראה היכא דמיום המיתה כבר עברו ג' ימים שלמים ורק מיום הקבורה לא עברו והוא מהקבורה יום ג' יש להקל כגינת וורדים ביום ג' שחרית ולאמר מקצת היום ככולו, ועיין בתוס' במ"ק דף י"ט ע"ב ד"ה ומלאכתו שכתבו בדבר האבד נעשה מלאכתו ע"י אחרים אף בביתו של אבל ואף בג' ימים הראשונים, דהא שם במ"ק דף כ' ע"א תני קברו בתחלת הרגל מונה ז' אחר הרגל ומלאכתו נעשית ע"י אחרים ופי' תוס' היינו בדבר האבד בביתו של אבל ע"ש ולפמ"ש יש לאמר דוקא כשנקבר בתחלת הרגל דכבר עברו ג' ימים מהמיתה בסוף הרגל מקילין באבלות שאחר הרגל, אבל בתוך ג' ימים מהמיתה י"ל דאין להתיר לעשות בבית האבל ולפ"ז אין מקום לקושי' תוס' שם שהקשו ממ"ק דף י"א דאמרינן שם דמלאכתו ע"י אחרים בתוך ביתו אסור ע"ש דלפמ"ש התם בג' ימים שלאחר המיתה חמירא טפי' והכא שכבר עברו ג' ימים מהמיתה מקילין:

ד' שם סעי' ה' אסור לעשות מלאכתו ע"י אחרים. הנה בדבר האבד ע"י אחרים א"צ לעשות בצנעא וגם בפרהסי' מותר כמבואר בטור ורמב"ן שמשקין לאבל בית השלחין ועושין לו עוגיות לגפנים וחופרין לו בורות שיחין ומערות ומכניסין פירותיו מפני הגנבים, ועיין בתוס' במ"ק דף י"ט ע"ב ד"ה ומלאכתו שכתבו בדבר האבד מלאכתו נעשית ע"י אחרים אפילו בביתו של אבל אף בג' ימים הראשונים ע"ש ולא אוכל להבין לפ"ז איך

פוסק

פוסק המחבר לקמן בסעיף כ"א בשותפין בחנות שאם נעשה אחד אבל שאסור לשותף לפתוח החנות משום דפרהסי' אסור הלא ע"י אחרים בדבר האבד מותר בפרהסי' ואין לך דבר האבד יותר מסגירת חנות שהקונים שהורגלו לילך לשם ירגילו עצמם לילך לחנות אחרות ולא ישובו עוד ומה ע"י אחרים שאין עושין אדעתא דנפשיהו רק בעד האבל מותר בפרהסי' כ"ש שנתיר ע"י השותף שעושה אדעתא דנפשי' משום חלק ריוח שלו ולא בעד האבל והריוח לאבל בא ממילא, ומה שכ' הש"ך בסק"ו דוקא בלנעא מלוין על הרמ"א שחולק על המחבר ומתיר אי ליכא אחר אף באבל עצמו ואף בג' ימים הראשונים בהפסד מרובה על זה כ' הש"ך כשעושה בעצמו רק בלנעא מותר אבל כשנעשה ע"י אחרים גם בפרהסי' מותר ול"ע אכלי, ועיין בתשו' אמ"ו בח"ם בחלק אה"ע בתשו' קע"ג בסוף התשובה שמתיר לילך לשוק ולירד בג' ימים הראשונים לאבל עצמו אף דודאי פרהסי' הוה משום דמוכח במ"ק דף י"ב דבמועד אם אי אפשר לעשות בלנעא מותר בפרהסי' ה"נ כיון דאי אפשר לילך לשוק בלנעא מותר בפרהסי' עש"ה וקשה לי לפ"ז איך פוסק הש"ע בב' שותפין באם אחד אדם חשוב דאסור למכור אף בלנעא משום דאיכא קלא שיש לזה חלק בו והוה כפרהסי' ע"ש אדרבה כיון דבאדם חשוב א"א לעשות בלנעא כ"א בפרהסי' לדברי אמ"ו מותר אף בפרהסי' משום דבר האבד ולמה נאסר לשותף של אבל לעסוק בדבר האבד, ועיין בפתחי תשובה אות א' שמביא בשם חמודי דניאל שאפשר להתיר להשכיר הסוסים בכדי להאכילם שזה הוה דבר האבד ע"ש ול"ע הלא בש"ע סעי' י"ד כאן פסקינן אם יש לאבל חמור מושכר ביד אחרים הרי זה לא יעשה בימי אבלו ע"ש והתם מפסיד השכר וצריך להאכיל לחמורו וכ"ש שאסור לכתחלה להשכירו בימי אבלו:

ה' שם סעי' ט' אם עדיו חולים וירא שימותו. עיין בגיטין כ"ח דרוב חולים לחיים ולמיעוט לא חיישינן ואף דבממון אין הולכין אחר הרוב הייגו להוציא ממון, ואפשר דאף דאכן לא חיישינן למיעוט אם האבל עצמו חיים למיעוט וירא שמא ימותו העדים ויש לו עי"ז פיזר הנפש דלבא בכיסא תלי' מתירין לו ע"י אחרים, ומכאן מוכח דאף בספק דבר האבד מתירין ע"י אחרים דהא בכל אופן אינו אלא ספק שירא שמא ימותו, ועיין במג"א סי' תקל"ז סק"א שמביא בשם מהרש"ך דבחה"מ מותר אף בספק דבר האבד ע"ש אך י"ל כיון דקי"ל כל' שישא דאבל חמור מחה"מ יש להחמיר באבל יותר, אך בנידן דהמג"א דהיכא דאין לחוש שיפסיד כל הקרן כי אם מעט מן הקרן י"ל משום מיעוט הפסד אין מתירין בספק כ"א בוודאי אבל בנידן דידן דיש לחוש שימותו העדים והלוה יכפור הכל ויאבד האבל כל הקרן יש להתיר אף בספק:

ו' שם סעי' כ"א שני שותפים חנונים. הנה שיטה זו היא שיטת הראב"ד דהשותף צריך לנעול חנותו משום דהוה מלתא דפרהסי', ומלבד מה שהקשתי לעיל על דין זה עוד קשה לי מסעיף י"א שאם השדה של אבל באריסות או בחכירות או בקבלנות הרי אלו עובדין כדרכן בימי אבל של בעל השדה ע"ש משום דידוע שהעובד השדה נוטל חלק מהפירות ועובד אדעתא דנפשיה אף דגם האבל נוטל חלק מעבודתו מותר בפרהסי' לעיני כל לעשות מלאכה בשדה האבל, ואמאי בחנות של ב' שותפים שכל העולם יודעין שהם שותפין נאסור להשותף למכור בחנות משום ששותפו אבל הלא ודאי מוכר אדעתא דנפשיה להרויח חלקו ובפרט בזמננו שתולין מעל החנות לוח גדול ועליו רשום באותיות גדולות שנראות לכל העוברים שם שהחנות היא בשותפות לזה ולזה ולמה נאסר אתמהה, ועיין בריטב"א במ"ק דף י"א ע"ב שכ' בהחלט דמהא שמעינן דמותר בב' שותפין בחנות אם אירע אבל לאחד מהם לפתוח ע"י שני כדרכו עש"ה ועיין ביד שאול במת בי"ע ב' והקבורה תהי' למחרת שיסלק עצמו בבה"ש מהשותפות שלו דתלינן לקולא שעדיין לא חלה האנינות ועדיין י"ט הוא ולענין הסתלקות והקנאה לאחר אזלינן לקולא דהוה חול ומותר להקנות ע"ש ואין דבריו נראים שיעשה דבר דסתרי אהדדי לענין אנינות כיזל לקולא דעדיין י"ט הוא ולענין הקנאה כיזל לקולא דלילה הוא והוה חול, ועיין בתשו' אמ"ו בח"ם בי"ד סי' שכ"ד אי מותר לאונן להקנות חלקו בחנות לשותפו לרמב"ם ורי"ן גיאות ותוס' דאונן מותר בכל מילי דאבל מותר להקנות ולרמב"ן ור"פ דדינו כאבל אסור להקנות ומביא שם הדרישה שמדחה ראיות הרמב"ם מדוד המלך שרחץ בעת אנינותו דמלך שאני מלך ביפיו תחזנה עיניך וכתב אמ"ו דזה הוא דוחק דהיכן מלינו היתרים אלו ע"ש ולא הבנתי הלא המרי"ק שורש ל"ה והתשו' תה"ד סי' רפ"ע כתבו דילפינן אבל מי"ע דמה שבי"ע מותר כ"ש באבל, ועיין בדרכי משה כאן אות ה' וי' שמחליט כן והלא תנן במתניתן ר"פ יה"כ דמלך ירחץ פניו ביה"כ ע"ש אף דביה"כ לרמב"ם והר"ן חמשה ענוים מדאורייתא הם ובכל זאת מתירין ודאי דמותר למלך בז' ימי אבלו לרחוץ גופו מה"ט דמלך ביפיו תחזנה עיניך וביה"כ דאינו אלא יום אחד די ברחילת פנים, אבל בז' ימים של אבל מותר לו לרחוץ כל גופו, ועיין שם בסוף התשו' שאמ"ו אינו מתיר להקנות בשעת אנינות ולא הבנתי למה מחמיר אמ"ו הלא לריטב"א שהבאתי א"צ להקנאה כלל דמתיר לשותף למכור כדרכו, ולדעת הנמ"י ורש"י במ"ק דף כ"א לפי מה שהוכיח בתשו' מים עמוקים בתשו' ל"ב דסובר רש"י כהנמ"י דרק מלאכה

מלאכה אסורה באבל אבל פרקמטי' מותר ויכול האבל למכור בעצמו בחנות ובודאי א"ל הקנאה ולמה לא כסמוך עוד זאת על רמב"ם ורי"ן גיאות ותוס' דאונן מותר בכל מילי דאבל ויכול להקנות בשעת אנינותו ואף לרמב"ן ורבנו פרץ דאוסרים לאונן למכור הלא אם מכר מהני בדיעבד אף דבכתובות דף פ"א אמר ר' יוסף דבר דאמרו רבנן לא תעביד אי עבד לא מהני ובסמ"ע בח"מ סי' ר"ח סק"ג פוסק כן, הלא לפי מה שכ' שם הט"ז והדגול מרבבה בי"ד סימן י"א על הש"ך סק"ג דמכירה בשבת מהני משום דכל האיסור רק מחמת הזמן ואינו אסור בעצמותו ע"ש ה"נ באנינות ואבלות דכל האיסור רק מחמת זמן אנינות ואבלות ולא בעצם ומהני המכירה בדיעבד:

ז' שם סעי' כ"ב וכן אשה המשרתת. עיין במהרי"ק שורש ל"ה שכ' דאף דר' שישא פליג על ר' אשי דאבל חמור מחה"מ מודה דלא חמור מי"ט ומותר לאשה אבלה לאפות ולבשל כיון דמותר בי"ט ע"ש ועיין בתשו' תה"ד סי' כפ"ט במשרתת אלל עשיר אף בחכם מותרת באבלה לאפות ולבשל ולעשות שאר דברים כדומה כיון דמותר בי"ט לבשל ולאפות לאחרים כ"ש באבלות ע"ש וכן כ' הגה"מ וכן כ' הד"מ כאן אות ה' ו'. דמה דמותר בי"ט כ"ש באבלות ע"ש וקשה לי הלא בא"ח סי' כמ"ו סעי' ג' בהגה שם כ' דבי"ט אין אדם מלוה על שביתת בהמתו ע"ש וע"ש במג"א סקי"ב שמביא את הב"י בסי' תכ"ה שם מביא ב' שיטות יש אוסרין ויש מתירין שביתת בהמה בי"ט ע"ש ומלאתי ברמב"ן תה"א בענין הולאה שמביא שם פלוגתא בשביתת עבדים בי"ט ע"ש ולפי מה שכתבו דמה דמותר בי"ט כ"ש באבל איך אסרינן באבל שביתת בהמה עיין במס' שמחות פ"ה אבל אסור במלאכה ובהמתו ועיין במ"ק י"א ע"ב ברש"י ד"ה פסקה לגמליה שכ' לפי שהיה אבל ומלוה על שביתת בהמתו מדרבנן, וכאן בסעי' י"ד פסקינן אם יש לאבל חמור ומשכר ביד אחר ה"ז לא יעשה ע"ש ואי בי"ט מותר שביתת בהמה כ"ש דמותר באבל ול"ע ועיין בשבות יעקב ח"א סי' פ"ו שהסכים עם המורה שהיה אוסר לשוחט אבל לשחוט לאחרים אף דליכא אומן אחר ע"ש ול"ע הלא בתה"ד רפ"ט מתיר למשרתת אבלה לאפות ולבשל לאחרים ביומי אבלה משום דמותר בי"ט לבשל ולאפות לאחרים ע"ש והלא בי"ט מותר לשוחט לשחוט לאחרים ולמה נאסור לשוחט לשחוט לאחרים ול"ע ובאמת על דברי תשו' תה"ד יש לפקפק דמתיר למשרתת אבלה לבשל ולאפות לאחרים משום דמותר בי"ט, בי"ט כל ישראל שוים שאסורים במלאכה לכן מותר לבשל ולאפות לאחרים מה לי הוא מה לי אחר אבל באבל דאחרים אינם אבלים ואינם אסורים במלאכה י"ל דאבל אסור לבשל ולאפות לאחרים שאינם אבלים שמותרים בכל מלאכה, הלא כל הראשונים במ"ק י"א כתבו דמע"ה לר' שישא שם אבלות חמורה מחה"מ דבחה"מ מותר דבר האבד ע"י עצמו ובאבל אסור ורק ע"י אחרים מותר משום דבחה"מ כל ישראל שוים באיסור אבל באבל אחרים מותרים בכל מלאכה:

סימן שפ"א

א' סעי' א' רחיצת פניו ידיו ורגליו בצונן מותר, עיין בתוס' מ"ק דף ט"ו ע"ב ד"ה לא אשארא שהקשו אמאי לא אסרינן בז' ימי אבלות רחיצת פניו ידיו ורגליו בצונן כמו שאסרו חז"ל ביום כפורים ובט' באב עש"ה הנה מיה"כ לא קשה די"ל דיה"כ מדאוריתא הוא בפרט לשיטת הרמב"ם והר"ן כיש פ' יה"כ שסוברים דה' ענוים ביה"כ מדאוריתא הם לכן מחמרינן לאסור רחיצת צונן אפילו בפניו ידיו ורגליו, ורק מט' באב דאינו אלא מדרבנן יש להקשות, ויש לאמר בט' באב דאינו אלא יום אחד החמירו חז"ל, אבל אבלות דהוה ז' ימים רלופים הוה כגזרה שאין רוב הלבור יכולין לעמוד בה לכן הקילו והתירו רחיצת פניו ידיו ורגליו בצונן גם י"ל ט"ב הוה עשה דרבים דחמור, אבל אבלות אינו אלא עשה דיחיד דקיל כמשאחז"ל דרגל דוחה אבלות דרגל הוה עשה דרבים לכן דוחה לאבלות דהוה עשה דיחיד, ועיין ברמב"ן בתה"א בענין האבלות שמביא ירושלמי דברכות פרק ב' ה' ז' מקום שנהגו להרחיץ אחר המטה מרחילין, שבמקלת מקומות נהגו הקרובים והמצבין להרחיץ את האבלים להעביר מהם זוהמת המת, וגמרא דילן בדר' גמליאל לית ליה האי מנהגא, א"כ אית ליה דלמא רחילה שני' רחץ בלילה ע"ש ולי נראה שא"ל לדחוק כ"כ, דעיין בתי"ט בברכות שם שהק' על פירוש המשניות לרמב"ם שפירש דר"ג רחץ בחמין והק' התי"ט הלא רחילת כל הגוף אפילו בצונן אסור ע"ש ולדעתי רלה הפי' המשניות לסלק קושי' הרמב"ן דלמה הולרך ר"ג לאמר אסטניס אני ואמרינן בגמ' משום דאנינות לילה אינו אלא מדרבנן הלא יש מקומות שנוהגים היתר ברחילה ראשונה אחר הקבורה קודם סעודת הבראה, ע"ז מתרץ הרמב"ם דמה שנהגו בירושלמי להרחיץ אחר הקבורה להעביר זוהמת המת הי' בצונן אבל בחמין אסור אף רחילה ראשונה ור"ג רחץ עלמו בחמין ולכן הולרך לאמר אסטניס אני והולרך בגמ' לאמר טעמא דאנינות לילה אינו אלא מדרבנן:

ב' שם סעי ו' בגרה שאירעה אבל, עיין בתשו' אמ"ו בא"ח בי"ד סי' שמ"ו שמביא קושי' בשם חותנו הגאון מהרע"א שהק' על הש"ע שאוסר רק בחמין כל גופה והלא בתענית דף י"ג אמר ר' חסדא דאבל אסור להושיט אלבעו בחמין ע"ש שאמ"ו מסכים עמו והוסיף עליו דרק פניה ידיה ורגליה מותר בצונן אבל כל גופה אסור

דליכא

דליכא משום נוול ומסיק דיש ע"ש בש"ע ול"ל בחמין לגמרי אסור ובצונן אסור כל גופה ע"ש והנה מה שכ' אמ"ו דברחיצת כל הגוף ליכא משום נוול עיין בנדרים דף פ' דלת"ק שם אם לא תרחץ רק יום אחד איכא משום נוול ולר' יוסי שם רק משום חד יומא ליכא משום נוול ועיין בריטב"א בתענית י"ג שכ' דלא כאמ"ו כי אם דבבוגרת שרי משום נוול לרחוץ כל גופה ע"ש ובלא"ה קשה לפי מה שכ' אמ"ו דרחיצת צונן אסור בבוגרת ועכצ"ל דאכוחלת ופרכס קאי בבוגרת אבל ברחיצה אסורה, והלא בין ללישנא קמא ובין ללישנא בתרא דרבא שם מתרצינן די"ל רחיצה בצונן מותר גם באבל וקאי אכיחול ופרכס דמותר בבוגרת ובנערה אסור ומוכח משם דכיחול ופרכס חמור מרחיצת צונן בכל הגוף ולדברי אמ"ו הוא בהיפך כל רחיצה אפילו בצונן אסור בבוגרת וכחול ופרכס מותר אתמהה, גם יש להקשות הלא ללישנא בתרא אמר רבא דאבל אסור ברחיצה בצונן ואפ"ה צריך הגמ' לפרש דבבוגרת מותרת ברחיצת צונן דיצאה מכלל אבל ומאי קושי' מר"ה הלא שפיר י"ל דמותרת בחמין אף דר"ה אמר אבל אסור יצאה מכלל אבל, ונראה דבוגרת קילא רק בחד דרגא ולא יותר ולכן מקשינן מר"ה דאוסר השטה באצבע בחמין ודי להתיר בבוגרת פניה ידיה ורגליה ולא כל גופה ומוקמינן בצונן דבשאר אבל מותר פניו ידיו ורגליו ומקלינן בבוגרת ברחיצת כל גופה ושפיר פסק הש"ע דבחמין כל גופה אסור ובצונן אף כל גופה מותר משום נוול, ועיין בבית הלל שתמה על רש"י בתענית י"ג שכ' דבקטנה פחותה מי"ב שנים ליכא אבלות אמאי אין מחנכין לקטן וקטנה כמו בשאר מצות דרבנן ע"ש ולק"מ דכל החינוך הוא שיהי' רגיל בקיום המצוה כשיגדל ויתחייב במצוה זו ולא מקדמינן פורענות שנחנך אותו בקטנותו שיתאבל בגדלותו:

ועיין בש"ך סק"א שכ' דרחיצה בצונן בתוך ל' ליכא איסורא כלל וע"ש בדגול מרבבה שכ' בהחלט דרק פניו ידיו ורגליו אבל כל גופו בצונן אסור לדידן ע"ש ויש לעיין הלא המחבר בסעי' ד' כאן פוסק מי שתכפוהו אבליו שאירעו שתי אבלות זה אחר זה מותר לרחוץ כל גופו בצונן ודין זה מבואר בתענית י"ג ע"ש ומדינא דגמרא רק ז' אסור ברחיצה ולא שלשים ועכצ"ל שהתירו אם בסוף אבלות מת לו מת אחר שמותר לרחוץ ככלות ז' ימים הראשונים אף דהוה בתוך ז' למת שני משום דחז"ל לא הטילו דבר שאין רוב בני אדם יכולין לסבול שלא לרחוץ בצונן כל גופו יותר מז' ימים והתירו לרחוץ כל גופו בצונן תוך שבעה שני' ואיך יחמירו שלא לרחוץ כל גופו בצונן כל ל' אלא ודאי רק בחמין החמירו, גם לפי דברי דגול מרבבה ליתא להאי דינא דתכפוהו אבליו דהא אסור ברחיצת כל גופו מצד שלשים של מת ראשון וכי משום שהוא ג"כ בתוך ז' למת שני יהי' קיל מאלו לא מת לו מת שני ואיך לא כ' הרמ"א שם על המחבר דלמנהגא דידן ליתא להאי דינא דש"ע אע"כ דגם לדידן רחיצת כל הגוף בצונן בתוך ל' מותר ורק בחמין אסור כל הגוף ורחיצת פניו ידיו ורגליו גם בחמין מותר, גם לדגול מרבבה לא הי' צריך להש"ך להגיה ולמחוק תיבת כל דהא סתם רחיצה קאי אכל הגוף רק היכא דמפורש פניו ידיו ורגליו ושפיר אמר הרמ"א דנהגו לאסור כל רחיצה הן בחמין הן בצונן תוך ל', אע"כ דכונת הש"ך דרחיצת צונן מותר אף בכל הגוף והוצרך למחוק תיבת כל ולגרוס דנהגו לאסור רחיצה וקאי אחמין, ועיין באלי' רבה בש"ע א"ח סי' תקמ"ח סק"ט שתמה שם על הבאר הגולה שפירש שם דברי הרמ"א סעי' ח' שהתיר לרחוץ בערב הרגל בתוך ל' סמוך לערב דהיינו רחיצת צונן ותמה הא"ר עליו הלא רחיצה בצונן בתוך ל' אפילו בלא ערב הרגל מותר כמו שכ' הש"ך סי' שפ"א ע"ש מבואר דא"ר לית ליה כדגול מרבבה כ"א כמו שכתבתי:

סימן שפ"ב

א' סעי' א' ודוקא של עור, עיין בבית הלל שכ' לפי מה שכ' הב"ח בה' יה"כ סי' תרי"ד ובה' ט"ב סי' תקנ"ד דצריכין לילך יחף ממש בלי אנפלאות גם אבל צריך לילך יחף ממש ע"ש והנה לדבריו למה הב"ח בה' יה"כ ובה' ט"ב כ' כן וכאן שמבואר בטור שרק מנעל של עור אסור למה לא העיר הב"ח שום דבר עליו דאף אנפלאות אסורין, לכן נראה דכאן גם הב"ח מודה דהא אבלות קיל מט"ב דהתם רחיצת פניו ידיו ורגליו בצונן אסור ובאבל מותר לרחוץ פניו ידיו ורגליו בצונן, ה"נ לענין הליכות יחף קיל דא"צ לילך יחף לגמרי דהתם רק חד יומא והכא ז' ימים כמ"ש בסי' שפ"א, גם התם כולם הולכים יחף אנשים ונשים וטף ואין כאן בזיון משא"כ הכא דרק האבל ילך יחף ויתבזה בין החיים, ועוד נראה דהא דאבל אסור בנעילת הסנדל אינו מצד עינוי כמו ביה"כ וט"ב כ"א שלא ילך לחוץ וישאר בביתו ואם יהי' לבוש במנעלים ישכח ויצא לחוץ כמו שהורגל לצאת מביתו, וכיון דאין הולכין בחוץ רק במנעל של עור ולא בשאר מנעלים של גמי ואנפלאות לכן מותר ללבשן אף לב"ח:

סימן שפ"ג

א' סעי' ב' עיין בש"ך לעיל סי' שמ"ב סק"ד שמביא בשם הר"ן והלבוש אף דיום ראשון דאבלות מדאורייתא הבית דין יכולין לעקור בשב וא"ת שלא להתאבל וכו'

וכ' הש"ך לפי דבריהם הוה ראוי לאסור גיהוץ ותספורת ביום ראשון דהוה קום ועשה רק דלדידן אבלות יום ראשון ג"כ אינו אלא מדרבנן ע"ש ולי נראה הלא בי"הכ דהוה מדאורייתא ולרוב הפוסקים החמשה ענוים אינם מדאורייתא כ"א מדרבנן והכי פסקינן ה"כ י"ל לענין אבלות דיום ראשון דמן התורה צריכין להתאבל ביום א' ולישב על הארץ כמו שאמר הנביא באיכה ישבו לארץ ידמו זקני בת ציון אבל שאר דברים סיכה רחיצה נעילת הסנדל ותשמיש המטה אינם מה"ת אף ביום ראשון כ"א מדרבנן הוסיפו ושפיר כ' הר"ן והלבוש דיש כח ביד חכמים לעקור דבר מה"ת בשב וא"ת שלא להתגולל בעפר, ושארי דברים שהתירו כגון גיהוץ ותספורת הלא אינם אלא מדרבנן התירו אף בקום ועשה, ובזה מתורץ ג"כ איך התירו חז"ל כשמת אביו של חתן או אמה של כלה ביום חתונתו שמכניסין אותו לחופה ובועל בעילת מצוה הלא ביום ראשון אבלות דאורי' ועובר בקום ועשה בשלמא כשמתה אמה של כלה י"ל כמו דתירץ אביי בסנהדרין דף ע"ד אסתר קרקע עולם היתה ע"ש ה"נ הכלה היא שב וא"ת אבל על החתן קשה ולפמ"ש ניחא דאי' תשמיש המטה אף ביום ראשון אינו אלא מדרבנן לכן התירו חז"ל אף בקום ועשה, ולפ"ז יש לעיין קצת על מה שנמצא בתשו' שער אפרים תשו' ל"ט להתיר לשמש עם אשתו שאינה יודעת שמת אחד מקרוביה בשם ס' חסידים ע"ש די"ל דרק באשה שהיא קרקע עולם מותר אבל בהיפך אם מת לבעל קרוב ואינו יודע י"ל שהאשה תמנע אותו מתשמיש משום שהוא קום ועשה, אך מלשונו שם שכ' אין אבלות נוהגת קודם שמיעה משמע דאין לחלק בין איש לאשה כל זמן שאין יודעים, ואגב אעיר בזה עיין במ"ק דף ט"ו דילפינן לאסור תשמיש המטה ונכתיב בדוד וינחם דוד את בת שבע ויבא אליה מכלל דבתחלה הי' אסור ע"ש דיש לעיין דלמא דוקא דומי' דהתם שניהם היו אבלים שמת בנם, או כשהאשה אבלה דלא נפקדה אפרי' ורבי', ומנין לנו אם רק הבעל אבל ולא האשה ועדיין לא קיים פ"ו דלמא עשה דפ"ו דוחה לאיסר תשמיש דעשה דפ"ו הוה עשה דאורי' ואבלות אינה אלא מדרבנן, ועפמ"ש דלא הוה דרש גמור כ"א אסמכתא בעלמא אף דמשם לא מוכח כן תיקנו חז"ל לאסור גם על הבעל כשהוא אבל דיש כח ביד חז"ל לעקור עשה בשב וא"ת:

סימן שפ"ד

א' סעי' א' אסור לקרות בתורה, עיין ברש"י במ"ק דף כ"א ד"ה ואסור לקרות שהקשה והא דאמרינן דאבל חייב בכל המצות התם שאר מצות בעלמא אבל הכי אית בהוא שמחה ע"ש ועיין ברמב"ן בתה"א ובר"ן שם שכ' דהוה כתשמיש המטה אע"ג דאיכא מצות עונה אסור משום הנאת תשמיש ע"ש ויש לעיין לשיטת הרשב"א בנדרים ט"ו ע"ב שהק' כשאוסר הנאת תשמישך אמאי נאסר הא מצווה במצות פרי' ורבי' ומצוה לאו להנות ניתנה כמו בתוקע בשופר של עולה ע"ש והר"ן שם תירץ כיון דאיכא הנאה מבלעדי הנאת קיום המצוה לא אמרינן מצוה לאו להנות ניתנה ע"ש ולהרשב"א דלית ליה האי סברא ואינו מחלק למה לדידיה יהי' אבל אסור בת"ת נהי דאיכא שמחת הלב בשעת עסק התורה הלא מקיים מצות למוד התורה ומצוה לאו להנות ניתנה אף בדאיכא ג"כ הנאת הגוף, ול"ל דלית ליה לרשב"א כהי"א שמביא הטור כאן דאומרים דרק בט"ב מותר לקרות בקינות ובאיוב אבל באבלות גם זה אסור ע"ש וסובר דגם באבל מותר וכיון דאפשר לקיים מצות למוד בדברי' שמותר ללמוד בפ' אלו מגלחין ובה' אבלות אסרו, ולהר"ן אפשר לאמר כהי"א של הטור ובכל זאת אסרו משום דיש הנאה מבלעדי קיום המצוה בת"ת, אך קשה לי על הר"ן מנדרים דף ל"ז ע"א שכ' שם הר"ן ד"ה אמר שמואל דמש"ה במודר הנאה מותר ללמדו מדרש הלכות ואגדות משום דלא שרי למשקל שכר ולמוד גופיה נמי לאו הנאה הוא דמצות לאו להנות ניתנו עש"ה הלא הוא עצמו כ' במ"ק כ"א דת"ת הוה כתשמיש המטה דהוה הנאת הגוף מבלעדי קיום המצוה ואין לחלק דשמחה זו ממילא משא"כ כשמהנהו ואינו נוטל שכר ממנו הלא בנדרים ל"ג ע"ב אמרינן כשנכסי בעל אבדה אסורין על המחזיר לא קא מהדר ליה דקא מהני ליה פרוטה דר' יוסף אף דהנאה זו ממילא אתי' ואין המדיר מהנהו מנכסיו, והנה מרש"י מוכח דסובר כי"א דאבל אסור בכל ת"ת דאל"ה לא מקשה מידי נהי דאבל חייב בכל המצות הלא יכול לקיים מצות למוד התורה בדברים שמותר ללמוד וגם הרי"ף במ"ק שם אינו מביא שמותר בהנך וגם הרמב"ם בפ"ה מה' אבל ה' ע"ז אינו מזכיר שמותר בהנך ונראה לתרץ על הרשב"א מה שהקשתי עליו די"ל דסובר כי"א דאבל אסור בכל ת"ת דבמ"ק דף כ"א לא נמצא הטעם שכ' רש"י משום דפקודי ה' משמחי לב רק בתענית דף ל' ושם נאמר הטעם על התינוקות שמבטלין מת"ת בט"ב משום דפקודי ה' משמחי לב ע"ש וי"ל רק בתינוקות דעדיין אינם בני מצוה אללם לא שייך מצוה לאו להנות ואסורים משום דפקודי ה' משמחי לב, אבל בגדולים שבלטוו על ת"ת לא נאסרו מה"ט דאללם מצוה לאו להנות אף בדאיכא הנאת הגוף כ"א מטעם אחר דבכל מצות יש זמן מוגבל מתי נעשות המצות לכן חייב האבל לעשותן דאחר זמן עשיה ישוב לאבלותו, אבל ת"ת דנצטוינו והגית בה יומם ולילה בלי שום הפסק שבעולם ואם יהי' מותר לעסוק בת"ת הלא לא יתאבל כלל דישיח דעתו לגמרי מאבלות כל

ז'

ז' ע"י עסק התורה ולהי"א כל ת"ת אסור ואף להנך שמתירין לעסוק באיכה ובה' אבלות י"ל כשיעסוק בדברים רעים יזכור אבלותו ולא יסיח דעתו מאבלותו, ועיין בתשו' מהרש"ל סי' ס"ו שנשאל אם המלמד כעשה אבל אם מותר ללמוד עם תלמידיו בז' ימי אבלו והתיר שם מב' טעמים, חדא דאם לא ילמוד יפסיד כל שכרו אף לאחר אבלו ובהפסד כה"ג שיפסיד גם אחר ימי אבלו מותר לאבל בכל אבלותו, שנית דבמלמד שבהול לעשות מלאכתו ליכא משום שמחה ומותר ללמד כל ז' עש"ה והנה לטעם ראשון של מהרש"ל יש לפקפק הלא אמרינן לבעל חנות לפתוח חנותו בימי אבלו והלא גם שם יש לחוש שיפסיד עי"ז אחר ימי אבלו הרבה קונים שהורגלו לילך תמיד לחנותו בכל השנה יתגלו עתה לילך לחנות אחרת ולא ישובו עוד אליו גם אחר ימי אבלו, ועל טעם השני יש להקשות מתענית דף ל' דאמרינן שם התינוקות בטלים משום דפקודי ה' משמחי לב הלא למהרש"ל ליכא במלמד שלומד עם תינוקות משום שמחה, ועיין בט"ז כאן סק"א שמתיר למלמד ללמוד עם תלמידיו רק אחר ג' ימים דהוה כרבים צריכין לו דלא כתשו' מהרש"ל שמתיר תוך ג' ימים, ועיין ביד שאול כאן שמקשה על הט"ז הלא ברבים צריכין לו מותר אף ביום ראשון והניח בצ"ע ולק"מ דעיין שם בט"ז שבתחלת דבריו מביא הרבנו ירוחם שמתיר להגיד הלכה אחר ג"י והרבנו ירוחם אוסר לאמר הלכה לתלמידיו והרמ"א כאן פוסק כותיה בסעי' א' ובכל זאת אחר ג' ימים התיר להגיד הלכה לתלמידים משום דהוה דבר האבוד דמותר אחר ג' וע"ז כשען הט"ז להתיר גם במלמד אחר ג' ימים, ועיין בט"ז בא"ח סי' תקכ"ד סק"א ובדגול מרבבה שם שכתבו דמותר ללמד עם תינוקות קינות ואיוב ודברים רעים כל מה שמותר להגדולים ללמוד דלא כהמג"א שם ע"ש וקשה עליהם ליסגא דגמ' בתענית דף ל' דתינוקות בטלים הלא אינם בטלים מת"ת דהא מלמדים עמהם דברים שהגדולים מותרים ללמוד, אע"כ כהמג"א דרק לגדולים התירו שלא יבטלו בט"ב מלות עשה של ת"ת אבל הקטנים שלא נלטוו עדיין מבטלין לגמרי וכדאי שרפת בית אלהינו לבטל התינוקות יום אחד מלמודם כדי שישאלו על מה ולמה הם הם בטלים והאבות ישיבו להם משום שנחרב הבית על חטאינו ויספרו להם שאבדה הארץ על עזבם את תורת ה':

ב' שם סעי' ג' אין שם מי שיתפלל יתפלל האבל, עיין בס' בית הלל שמקשה מהרמ"א מסי' שע"ו סעי' ד' דבכל אופן יתפלל האבל תוך ז' ומחלק בין אבל מאב ואם זה יתפלל בכל אופן אבל באבל על שאר קרובים לא יתפלל ע"ש ובאמת א"ל לתירולו כאן כ' המחבר דוקא אם להוליא רבים ידי חובתן שאינן בקיאין להתפלל בכה"ג רק בדליכא אחר יכול האבל להוליא אחרים שאינן בקיאין ושם בבקיאים שאין הש"ל מוליא אותם יתפלל האבל אף בדאיכא אחר:

סימן שפ"ה

א' סעי' א' אבל אסור לשאול בשלום וכו' בהג"ה ויש מקילין האידנא בשאלת שלום עיין בבאר היטב אות ב' שכתב עפ"י מה שכ' בדרכי משה בא"ח סי' פ"ט בשם הזוהר פ' פקודי דאם אין מזכירין שם שמים לא נקרא שאילת שלום וזה שאנו נוהגין אינו בכלל שאילת שלום ע"ש לפי דבריו קשה מאי מקשינן במ"ק דף כ"א ע"ב מר"ע דאמר לכו לבתיכם לשלום הלא לא הזכיר שם שמים ובלי שם אינו נקרא שאילת שלום, ובלא"ה דבריו אין להם שחר הלא אחר ז' הוא שואל בשלום אחרים ואחרים אין שואלין בשלומו משום שהם שרוים בשלום והוא אינו שרוי בשלום ואם אומרים לו שאלת שלום אף בלי ה' הלא אכלו אינו שרוי השלום, ואפשר לומר דמש"ה מקילין השתא, דעיין בזוהר פ' וישלח על קרא והוא עבר לפניהם וישתחו אבלה ר"א פתח כתיב ואמרתם כה לחי ואתה שלום והא אתמר דאסור לאקדומי שלום לרשיעא אלא להקב"ה קאמר והשיב כבל דעליה קאמר עש"ה וכיון דהשתא המון רשעים רבים ואי אפשר להשמר שלא ליתן להם שלום דבדורות הראשונים היו הרשעים רק אחד במשפחה ושנים בעיר והובדלו מקהל לדראון ולחרפה לא כן עתה רבים הם לכן לריכים עתה בשאלת שלום לכוון לה' שלא לעשות איסור ליתן שלום לרשעים דאין שלום אמר ה' לרשעים ולכן שואלין גם באבלים ואף דאבלים אינו שרוי השלום הלא מכוונים להקב"ה דעימיה שרי' השלום:

סימן שפ"ו

א' סעי' א' בש"ע עיין בית הלל שמקשה הלא במועד קטן כ"ד פליגי רב ושמואל בעטיפת הראש ולמה פוסקים כשמואל הלא הלכתא כרב באיסורי והתוס' שם ד"ה ושמואל פסקו כרב ע"ש ונראה דעיין בטור שמביא ברייתא דאבל רבתי כשבאים מנחמים אבלו מגלה ראשו לכבודם וכן פסק בש"ע, ומברייתא זו מוכח כשמואל דלרב דסובר פריעת ראש בשבת רשות הטעם כמ"ש רש"י במ"ק שם ד"ה לא כ"ע מגלי אעפ"י שמתעטף לא מחזי אבל דגם אחרים דרכן כן ולא שייך לרב לאמר דצריך לגלות ראשו מפני כבוד רבים ורק לשמואל דסובר דצריך להתעטף כעטיפת ישמעאלים דכ' רש"י שם דכ"ע לא נהגו בעטיפה זו אלא אבלים בלבד אז שייך לאמר דיסיר העיטוף מפני כבוד רבים וכיון דמוכח מהברייתא

כשמואל פסקינן כותיה כנגד רב, ועיין בתשב"ץ ח"ב תשו' מ"ד שהאבל לא יצא מביתו אלא בשבת ושפמו מכוסה כדי שיכירו הכל שהוא אבל ויבואו לנחמו ע"ש וזהו כנגד הגמרא במ"ק דלרב מותר בעטוף בשבת משום דע"י עטוף שלו לא ניכר שהוא אבל דלאו כ"ע עבידי דמגלי רישייהו ולשמואל אסור בעיטוף בשבת משום דע"י עיטוף דידיה ניכר שהוא אבל והוה אבלות דפרהסי' ע"ש ואיך כ' התשב"ץ שילא מכוסה בשפמו למען יכירו הכל שהוא אבל ותמהה ול"ע:

סימן שפ"ז

א' סעי' א' אבל חייב בכפית המטה, עיין ברמב"ן בתה"א הביאו הטור פה שחולק על הרא"ש דס"ל שמחלק דרק מטות אשתו ובניו צריך לכפות אבל של אכסנאין א"צ לכפות והרמב"ן חולק דגם של אכסנאין צריך לכפות ע"ש ויש להביא ראי' לרמב"ן מהירושלמי פ' אלו מגלחין סוף הלכה ה' דשם אמר ר' קריספי בשם ר' יוחנן מנין לכפית המטה דכתיב באיוב ב' וישבו אתו לארץ על הארץ לא נאמר אלא לארץ דבר שהוא סמוך לארץ ומכאן שהיו ישנים על מטות כפויות ע"ש והלא שלשה רעי איוב היו אכסנאים אצל איוב ובכל זאת הוצרכו לישן ע"ג מטות כפויות, ועיין שם עוד בירושלמי ר' יונה ור' יוסי תרויהון בשם רשב"ל דמש"ה צריכין לכפות המטות כדי שאם יעור בלילה שידע שהוא אבל או שיתעור בלילה ויזכור שהוא אבל ע"ש מוכח כהרמב"ם פ"ה מאבל דהאבל צריך לישן ע"ג מטה כפויה דלא כרמב"ן שחולק על הרמב"ם וכן הרא"ש ואף דמייתי שם ברייתא דמוכח דא"צ, הלא אמר שם דממתניתן דסנהדרין דף י"ח מוכח כנגד הברייתא, אך עיין שם בקרבן עדה בפירושו הראשון מבואר כהרמב"ם, ולפירושו השני הוא כהרמב"ן והרא"ש:

סימן שפ"ח

א' סעי' א' עיין בכתובות דף ו' ע"ב אמר רב אבל חייב בכל המצות חוץ מן התפילין שנאמר בהן פאר, ומלישנא דרב דאינו מחלק בין יום ראשון לשאר ימים משמע כל זמן שהוא אבל פטור מתפילין וכן מלישנא דרש"י שם שכ' ואבל מעולל בעפר קרנו ולאשו ואין זה פאר לתפילין ע"ש, אך עיין בסוכה דף כ"ה שם מובאים דברי רב בשלמות שם אמר רב חוץ מן התפילין שנאמר בהן פאר וה"מ ביום ראשון ע"ש ובזה תמוהים דברי ריטב"א בכתובות שם שכ' דלישנא דרב מקצי' לפי' רש"י ודנקט תפילין נקרא פאר ולא נקט קרא דפארך חבוש עליך ע"ש והעלים עינו מרב בסוכה כ"ה דמביא שם קרא זה דפארך חבוש עליך, ועיין ברמב"ן בתה"א שכ' דמירושלמי במ"ק מוכח דביום שני מותר לגמרי בהנחת תפילין ע"ש ובאמת גם מדברי רב בסוכה מוכח כן דאמר וה"מ ביום ראשון, אך הרמב"ן הקשה ממ"ק דף כ"א דאמר ר' יהושע דגם ביום שני אסור ועכל"ל דמקצת יום שני ג"כ אסור ותמה על הרי"ף ע"ש ולק"מ דהרי"ף כ' וכיון שהניח ביום ב' שוב אינו חולץ אפילו באו פנים חדשות מדלא כתב שמותר להניח לכתחלה ביום ב' אפילו באו פנים חדשות מזה נראה כמו שכ' המרדכי במ"ק דאם באו פנים חדשות קודם הנחת תפילין אסור להניח ורק אם הניח א"צ לחלוץ, אך ברמב"ם פ"ד מה' אבל ה"ט מבואר דביום ב' מותר להניח ואינו מביא כלל הא דיכא דבפנים חדשות א"צ לחלוץ ונראה עפ"י מה שכ' בשו"ת מהרי"ט בחידושיו לב"מ הביאו השערי תשובה בא"ח סי' ל"ח ודגול מרבבה כאן דאם יום הקבורה לא היה ביום המיתה צריך להניח תפילין ע"ש י"ל הא דאמר ר' יהושע דבשני ג"כ מקצת היום אסור היינו אם יום השני הוא יום הקבורה, אבל אם הקבורה היתה ביום ראשון אז מותר לגמרי גם לפי מאי דמתרצינן במ"ק כ"א דקרא דויתמו ימי בכי אבל משה אבלא דמשה תקיף ע"ש יש לחלק בין אבלות דאב ואם דתקיף דגם ביום שני אסור במקצת, אבל בשאר אבלות דקילא מותר לגמרי ביום ב', ועיין בכ"מ בפ"ד מה' אבל ה"ט שכ' בפ' א"מ פליגי ר"א ור"י וידוע דהלכה כר"י ע"ש וק' על דבריו הלא אמר ר' יהושע דבפנים חדשות צריך לחלוץ ואכן לא קי"ל בזה כר"י אלא כר"א דא"צ לחלוץ כמבואר בעולא שם דאף דבכל מקום הלכה כר"י נגד ר"א אבל באבלות דקי"ל הלכה כדברי המיקל באבל אף ביחיד נגד רבים אף דבכל מקום הלכה כרבים, ה"ה בזה אף דבכל מקום הלכה כר"י נגד ר"א אבל באבלות הלכה כהמיקל וכר"א נגד ר' יהושע:

סימן שפ"ט

א' סעי' א' עיין ברמב"ם בפרק ו' מה' אבל שכתב שסמכו מדברי סופרים חוץ מ' לנהוג אבלות במקצת מדכתיב ובכתה את אביה ואת אמה ירח ימים ע"ש וקשה לי הלא במס' שמחות פרק ז' תני מדכתיב במשה ויבכו אותו שלשים יום ע"ש ולמה שבק הרמב"ם מה דתני במס' שמחות ונקט קרא אחר, ונראה דעיין במ"ק כ"א דמקשינן על ר"י דקובר רק יום ראשון אסור בהנחת תפילין הלא כתיב ויתמו ימי בכי אבל משה ומתרצינן שאני משה דתקיף אבלי' ע"ש אבל ר"א שם דקובר ג' ימים אסור בהנחת תפילין יליף מקרא דויתמו ימי בכי אבל משה ואינו מחלק בין אבלא דמשה לשאר אבלות ע"ש לפ"ז י"ל ברייתא דמס' שמחות אתי' כר"א ושפיר ילפינן ממשה

לנהוג

לנהוג אבלות ל' יום, אבל להלכתא דקי"ל כר' יהושע דרק יום אחד אסור דאין ללמוד ממשה דתקיף אבליה ה"נ אין ללמוד ממשה להתאבל שלשים יום משום דתקיף אבליה והולך הרמב"ם להביא קרא אחר ובכתה את אביה ואת אמה ירח ימים:

ב' שם סעי' ב' מותר לכבס בגדים קטנים, עיין בבית הלל שלומד מב"י בא"ח סי' תקנ"א

דרק בגדים קטנים שמלפפין בלואה ובמי רגלים מותר אבל שאר בגדים קטנים אסור לכבס בשבוע שחל בו ט"ב וה"ה הכא באבלות ע"ש וטעה בזה דעיין בטור שכ' על הרמב"ם דלומד מדאמרינן בשבוע שחל בו ט"ב דכלי פשתן אין בהן משום גיהוץ ה"ה באבלות כ' לחלק התם בגיהוץ להניח ולא ללבוש דשם גם בכה"ג גיהוץ אסור אבל באבלות גיהוץ להניח אחר ל' מותר ורק ללבוש אסור אין חילק בין למר לפשתים ע"ש והכי פסקינן בש"ע סעי' ו' דגיהוץ להניח מותר, לפ"ז לא דמי לט"ב כיון דבאבלות כל האיסור רק ללבוש וכיון דבקטנים ליכא אבלות ואינם אסורים בלבישת המגוהץ מותר לכבס בגדיהם דהוה כמכבס להניח, אבל בט"ב דהגיהוץ בעלם אסור אף להניח אסור לגדולים לגהץ גם בגדי קטנים:

סימן ש"צ

א' סעי' א', עיין ביד שאול שהקשה מירמי' קפי' מ"א ויבואו אנשים משכם וגלוחי זקן וקרועי

בגדים ופי' רש"י שבדרך שמעו מחרבן בית המקדש ע"ש והקשה הלא אסור לגלח מחמת אבלות ע"ש ונראה דעיין בשמואל ב' קפי' י"ד ויקח חנן את עבדי דוד ויגלח חלי זקנם ויכרת את מדויהם בחלי והיו האנשים נכלמים מאד ע"ש וכאן בש"ע פסקינן מי שהתחיל לגלח ושמע שמת לו אביו יוכל לגמור הגלוח דגדול כבוד הבריות מזה נראה דגלוח מקלת הזקן הוא נוול גדול ומה שלא גזרו חז"ל לעשות כן באבלות משום דחסו על כבוד הבריות דהוה נוול גדול שאין רוב הליבור יכולים לעמוד בו, והאנשים כששמעו מחרבן בהמ"ק נלטערו כל כך עד שלא חסו על כבודם וגילחו קלת זקנם ולא כולו וקרעו קלת בגדיהם:

ב' שם סעי' ג' עיין בכרם שלמה כאן שכ' שהב"י ה"ב בי"ד סי' פ' העלים עינו מתוס'

תענית דף י"ג דמקיל בתער היינו רק מקלת שיער ולא עד עיקרו ע"ש. ובאמת אף שתוס' פירשו כן וכן הרמב"ן בתה"א וכן המרדכי בשם ר"ת, אבל הב"י מביא בשם ר"י שפירש שמגלח בתער מלמטה עיקרי השיער ע"ש וכן פי' הר"ן במועד קטן, ומה שהקשה אותו אחד מרבנן הלא בתער אסור לגלח לק"מ דעיין בי"ד סי' קפ"א דרק במקום הפאות של הראש והזקן אסור בתער וכאן מיקל בתער שלא במקום הפאות והב"י לא העלים עינו מתוס' רק שהוקר שם אם השערות קטנות כל כך שאי אפשר ליטלם בזוג נחשבו כאלו אינם ואין כאן משום גלוח בתער והכא הלא השערות ארוכות:

ג' שם סעי' ה' אשה מותרת בנטילת שיער אחר ז' זהו שיטת הרי"ף והרמב"ם ועיין

ברמב"ן בתה"א שהקשה על הרי"ף דלשיטתו גם גיהוץ מותר אחר ז' אלל אשה והלא גיהוץ ילפינן מאשה תקועית בשמואל ב' קפי' י"ד לבשי בגדי אבל ע"ש ולק"מ דכל הטעם דמתירין באשה להסתפר אחר ז' שלא תתגנה על בעלה לפ"ז דוקא באשת איש אבל התם באשה תקועית שאמר לה יואב שתעמוד לפני המלך כאשה אלמנה שמת בעלה וכיון שאין לה בעל דינה כאיש לכל דבר ואסורה בנטילת שיער ובגיהוץ כל שלשים יום, ועיין בכרם שלמה כאן שתמה על הב"י א"א בי"ד סי' ל"ט שהקשה על הרי"ף הלא גידול שיער אינו מעכב היופי באשה ע"ש וכ' הכרם שלמה שטעה בזה הלא הש"ך סק"ב כ' דקאי על לדעת ובת לדעת שמכוולים האשה ע"ש והוא העלים עינו מהרמב"ן בתה"א שהק' קושי' הב"י על הרי"ף וכ' הלא אין דרך האשה להסתפר שערות ראשה אלא מגדלת שיער כלילית ע"ש רק הב"ח כאן מתרץ קושי' הרמב"ן דלא קאי אשערת הראש אלא אשערות דלדעת ובת לדעת והש"ך הביא פירש הב"ח על הרי"ף ואיך כ' על הב"י שטעה אם הוא מפרש בהרי"ף כהרמב"ן בתה"א, ואגב אעורר דמהרמב"ן ז"ל נראה שהנשים א"ל להסתפר שערות ראשן משום חלילה בטבילה מדכתב שאין דרך האשה להסתפר שערות ראשה אלא מגדלת שיער כלילית:

סימן שצ"א

א' סעי' א' לא יקח תינוק בחקו, עיין במועד קטן דף כ"ו ע"ב דתני שם וכמלא מתגנה על

הבריות ע"ש מלשון זה משמע רק בשעה שכמלאו בני אדם אלל האבל לא יקח התינוק בחקו שעי"ז אם ישחק עם התינוק יתגנה אלל המנחמים, אבל כשהוא לבדו ובזמן שאין לחוש שיבואו מנחמים אללו הי' מותר ליקח תינוק בחקו, אבל בש"ע לא הזכיר האי טעמא כי אם כ' סתם דאסור דאתי לידי שחוק ואבל אסור בשחוק אף אם ליכא אחרים אללו והוא לבדו, ועיין בדרישה כאן שמביא בשם מהרם מי שמת לו אמו ואביו מקפיד שלא יאמר קדיש על אמו לא יאמר דכבוד אב קודם לכבוד אם ע"ש ולי ל"ע הלא חז"ל אמרו על קרא דאים אמו ואביו תיראו ואת

שבתותי תשמורו אם יאמר לך אביך שתחלל שבת או שתעבור עבירה לא תשמע לו, והכא מבקש אביו מבנו שיגזול מאמו הקדשים שבהם הי' מזכה אותה בעולם העליון ולמה ישמע לאביו לעשות עול לאמו:

ב' שם סעיף ב' עיין ברא"ש ביבמות בפ' החולץ סי' כ"ז שמביא בשם הר"ר יוסף הלוי דרק בשמחה דרשות אסור לאבל לילך אבל לשמחה של מצוה מותר לילך אף בתוך ל' ע"ש ועיין בסמ"ג בה' אבלות שמביא כן בשם הר"ר יוסף ובשם רבנו יהודה מפי רבנו יעקב ורבנו יצחק שמותר לאבל לילך לסעודת חתן ע"ש והש"ע והרמ"א מחמירין מאד בסעודת נשואין לאסור כל י"ב חודש מאבלות דאב ואם, ונראה דיש לתלות בפלוגתא דרשב"א ור"ן בנדרים דף ע"ו לרשב"א שם אמרינן אף בתשמיש המטה אף דאיכא הנאת הגוף אכל קיום המצוה מצוה לאו להנות ניתנה והר"ן שם חולק דבדאיכא ג"כ הנאת הגוף לא אמרינן מצוה לאו להנות ניתנה עש"ה ה"כ בסעודת נשואין ושאר סעודות מצות דאכל קיום המצוה איכא נמי הנאת הגוף להרשב"א אמרינן מצוה לאו להנות ניתנה ואין כאן הנאה וממילא ליכא משום שמחה לאבל וי"ל כל הכי דמתירין לאבל לילך לסעודת מצוה סוברים כהרשב"א והאוסרים סוברים כהר"ן כיון דיש מבלעדי קיום מצוה גם הנאת הגוף הוה הנאה ושמחה ואבל אסור בהנאת שמחה, ובזה נראה לפרש במ"ק דף כ"ב ע"ב ברש"י שם ד"ה אמר רבה ובתוס' שם ד"ה ולשמחת מריעות דבריהם תמוהים לי שפירשו דשמחת נשואין אסור בשאר קרובים לאחר ל' ע"ש הלא בשאר קרובים לאחר ל' ליכא עוד אבלות ולמה נאסר שמחת נשואין, אלא רבה שם בלישנא קמא קאי אתוך למ"ד דרק שמחת מריעות דאיכא שמחת רשות אסור תוך ל' אבל שמחת נשואין דהוה מצוה מותר אף בתוך ל' ומקשינן עליו מדתני שמחה ל' ומריעות ל' אלמא דגם שאר שמחות אסורין בתוך למ"ד וכהר"ן:

ועיין בתשו' מהרש"ם בי"ד סי' כ"ב שמתיר לאחי החתן תוך י"ב חודש למיתת אמם לילך לחופה ולסעודה ומביא ראי' מהרי"ף והרמב"ם שפסקו דחתן וכל שושביניו וכל בני חופה פטורים מסוכה כל ז' ימי המשתה ומכ"ש דמקילין באבלות ע"ש ויש לחלק בסוכה ה"ט דפטורים משום דמצטער פטור מן הסוכה ואם היו חייבין בסוכה היו מצטערים כמבואר בהרא"ש בסוכה דף כ"ה אבל באבלים מה לנו אם מצטערים הלא רצוי להם שיצטערו, גם כ' משום די"ע שלהם הוא ומביא ראי' מסנהדרין בני בנימין שאכלו בט"ב שנדחה לי' משום שי"ט שלהם היה ע"ש ולא דמי התם הי"ט שלהם הי' מזמן הבית שבכל שנה ושנה בי' באב הביאו עצים ללשכה ואח"כ נחרב הבית וקבעו חז"ל להתאבל בט' באב וכיון די"ט שלהם קדם והאבלות בא אח"כ הקילו כשנדחה לי' לי"ט שלהם, אבל הכא האבלות קדמה מעת מיתת אמם והי"ט שלהם יבא אח"כ אין בכחו של י"ט לדחות אבלות דמעיקרא, גם התם לא קבעו הי"ט כרצונם ותפלם כ"א נקבע מזמן הבית והכא קובעים זמן החתונה כרצונם בתוך י"ב חדש לאבלות ובזה נדחה נמי ראיתו מתשו' מהרי"ל שהתיר לסנדק ולמוהל לילך בתוך ל' לברית מילה, התם הי"ט לא נקבע על ידם וכרצונם כ"א מן השמים ונקבע יום המילה על יום ח' ללידה והתורה צותה למולו ביום ח' אבל הכא קביעת החתונה היא כרצונם:

ועיין בטור שמביא בשם הראב"ד במי שמשיא יתום ויתומה שמותר לילך בימי אבלו אחר למ"ד לסעודת נשואין שאם לא ילך נשם יתבטל המעשה, ועיין בנב"י במ"א בי"ד סי' ק' שתמה על הטור שסותר עצמו דבסי' של"א פוסק כהראב"ד ובסי' של"ב פוסק כר"ת דאם המשודכת נעשית אבלה אחר שהוקבע הנשואין דיש להתיר לעשות הנשואין תוך ל' משום איסור דפרי' ורבי' ולמה אוסר הראב"ד תוך ל' אף דאפשר שיתבטל לגמרי ע"ש ולדעתי אין הפירש בהראב"ד שיתבטל השידוך או הנשואין דאז הי' לו לאמר שיתבטל השידוך ולא שיתבטל המעשה, אלא כונתו שאם לא ילך המשיא היתום והיתומה לסעודה תתבטל שמחת נשואין לגמרי אבל החופה והנשואין לא יתבטלו רק שתתבטל שמחת הסעודה וערבה כל שמחת החתן והכלה ויתעלבו ובכה"ג אוסר הראב"ד לילך תוך ל', אבל בנידון דר"ת לדחות הנשואין עד אחר ל' ויתאחר קיום דמצות פרי' ורבי' בכה"ג מתיר לעשות החופה תוך ל', ועיין בדרישה שכ' אם החתן אבל אז מותר לאכול בנשואין שלו די"ט שלו הוא ע"ש משמע דרק לחתן מותר אבל לשאר קרוביו ולאביו ולאמו לא הותר לילך לנשואין דלא כמהרש"ם שהבאתי לעיל דמתיר אף לאחיו של חתן לילך לסעודת אחיו אך לדעתי יש לסמוך על המהרש"ם ועל הראשונים שהבאתי הר"ר יוסף ורבנו יהודה ור' יצחק שמתירין בסעודת מצוה, בכה"ג שאם לא ילכו אבותיו או קרוביו אחיו ואחיותיו של חתן ושל כלה שיתעלבו החתן והכלה אל לבם אם לא יקחו אבותיהם וקרוביהם חלק בשמחתם ויקראו עם המשורר בתהלים הרחקת קרובי ממני מיודעי מחשך ותהפך שמחתם לאבל ושונם ליגון אחר ל' תוך י"ב חודש מאב ואם:

סימן שצ"ב

א' סעיף א' ומותר לקדש אשה אפילו ביום המיתה, והרמ"א מביא י"א דאסור לקדש עד אחר ל', פלוגתא זו יש לתלות בפלוגתא דרש"י ותמ"י עם שאר ראשוני' שהבאתי בסי' של"א לרש"י ותמ"י רק מלאכה אסרינן לאבל

לאבל לעשות אבל מכירה וקנין מותר לאבל ושאר האסורים חולקים ואוסרין כל עסקי משא ומתן וכל מכירה וקנין ע"ש לדעת רש"י וכמ"י מותר לקדש מיד אף דעושה קנין דקונה אשה כדכתיב כי יקח איש אשה ותנן האשה נקנית בשלשה, אבל להנך שאוסרים מקח וממכר גם לקדש ולקנות אשה אסור בז' ועיין בתוס' ביבמות דף מ"ז ד"ה שאני שהקשו כאן אסרינן לארס תוך ל' ובמ"ק מוכח דמותר ע"ש נראה דעיין באור זרוע בה' אבלות שמודה אותן שפוסקים כר"י דדי בב' רגלים משום דהלכה כדברי המיקל באבל דהרא כבר בטל דברי האבלות ואין כאן אלא כבוד אשתו כשמרכים אשה אחרת במקומה ויאספדוהו שמח במיתתה ע"ש לפ"ז י"ל ה"ע דר' יוסי דאוסר לארס תוך ל' דאם יארס תוך ל' מבזה אשתו ראשונה ויאספדוהו שמח במיתתה וה"ה האשה תבזה את בעלה ויאספדו אותה שתשמח במיתת בעלה, אבל באבלות משאר קרובים י"ל דמותר לארס תוך ל', גם י"ל דעיין לעיל בסי' של"א שם הבאתי דברי ר' ירוחם דלכן מחמירין באבלות יותר מבחה"מ משום דחה"מ דאוריתא אבל אבלות דאינו אלא מדרבנן עשו רבנן חיזק לדבריהם יותר מבשל תורה רבנו ירוחם תלמידו של הרא"ש סובר כהרא"ש דכל אבלות רק דרבנן, אבל הרמב"ס והרי"ף והרמב"ן סוברים אבלות יום ראשון דאורי' רק בבעל על אשתו ואשה על בעלה כ' הרמב"ס בפרק ב' מה' אבלות ה"א דאינו אלא מדרבנן ע"ש לפ"ז י"ל ה"ע שאסרו לבעל לישא תוך ג' רגלים דמשום אבלות של בעל על אשתו רק מדרבנן עשו חיזק לדבריהם יותר משל תורה משאר אבלות דהוה מדאוריתא דדי בל' יום, והאשה על בעלה הלא בלא"ה צריכה להמתין ג' חדשים משום הבחנה, וגם מה"ט החמירו באבלות דתוך ל' שאשה המתאבלת על בעלה שאסורה לארס עצמה תוך ל' אבל בשאר אבלים י"ל דמותר לארס תוך ל' דלא החמירו כל כך:

ב' שם סעי' ב' מתה אשתו אסור לישא עד שיעברו ג' רגלים עיין בדגול מרבבה שכ' בהחלט דשמיני עצרת ג"כ נכנס לחשבון ג' רגלים ע"ש ואני הקשתי עליו מרמב"ן והרא"ש ומצאתי אח"כ קושי' זו בשערי דיעה דהם כתבו דלהנך דר"ה ויה"כ נחשבו לרגלים אם מתה אשתו קודם ר"ה מותר לישא אחר סוכות ולפי הדג"מ עדיפא הי' להם לאמר אם מתה קודם יה"כ מותר אחר סוכות אע"כ דש"ע לא נחשב לרגל בפני עצמו ע"ש ועוד יש להוכיח מהלבוש כאן נגד הדג"מ שכ' אם מתה קודם סוכות ממתין יותר מאם מתה קודם פסח ע"ש ואי ש"ע נחשב לרגל הלא שוים הם אע"כ דהלבוש סובר דש"ע לא נחשב ואז צריך להמתין יותר כשמתה אשתו קודם סוכות דצריך להמתין עד אחר חג השבועות ובמתה בע"פ א"צ להמתין כ"א עד אחר סוכות, ועיין ברמב"ס פרק ו' מה' אבלות ה' ה' שכ' באם אין לו בנים או יש לו בנים קטנים מותר לישא בתוך ל' ואסור לבא עליה עד אחר ל' וכן אם היא אבלה ע"ש וק' לי הלא הרמב"ס בפרק יו"ד מה' אישות ה"ב כ' דחופת נדה לא קני' והרי היא כארוסה עדיין ע"ש לפ"ז איך אפשר בנשואין תוך ל' אם אסור לבא עליה הלא אז הנשואין כלא נחשבו והוה כארוסה ודוחק לחלק בין נדה דמדאורי' אסורה וכאן אסורה לו רק מדרבנן הלא מ"מ הוה חופה שאינה ראוי' לביאה, ועיין ביד שאול שהק' על פסקי תוס' במועד קטן סי' קכ"ד שכתבו שאשה תנשא בתוך ל' כשמת בעלה ע"ש איך אפשר הלא אסורה ג' חדשים משום הבחנה ע"ש וי"ל משכחת לה בחופת נדה דהוא ישן בין אנשים והיא בין הנשים ומת קודם שבא עליה דאז א"צ להמתין משום הבחנה דידעינן בבירור שלא נבעלה ותוס' סוברים כהנך דחופת נדה קונה, אך להרמב"ם דסובר דחופת נדה אינה קונה ועדיין היא כארוסה י"ל דא"צ להתאבל כלל, גם י"ל דמשכחת לפמ"ש הרמב"ס שהבאתי כאן דמי שיש לו בנים קטנים שנשא בתוך ל' וכיון דאסור לבעול תוך ל' צריכין שמירה ומת הבעל קודם שבעל י"ל דא"צ הבחנה ונשאת תוך ל' לאבלה, ומבלעדי קושי' יד שאול על פסקי תוס' שם לא הבנתי מה שכתבו שם והתירו ג"כ לאשה שאין לה בנים ע"ש ולא אדע היכן מצינו שהתירו לה, הלא באין לה בנים צריכה להמתין ג' חדשים משום הבחנה, וע"ש בפסקי תוס' שכ' בהחלט דר"ה ויה"כ נחשבו כרגלים ע"ש ולא אדע למה דחו הפוסקים את האגודה דסובר דר"ה ויה"כ נחשבו לרגלים בשתי ידים, הלא הרמב"ן והרא"ש הביאו כן בשם יש אומרים ותוס' פוסקים כן:

ג' שם בהג"ה ולכן נשתרבב המנהג שרבים מקילין, עיין בדגול מרבבה שנדחק מאד לתת טעם למה מקילין, ולי נראה עפ"י מה שכ' תוס' בקדושין דף מ"א ד"ה אסור לאדם דעכשיו אנו נוהגין לקדש בנותינו בקטנות משום שהגלות מתגברת עלינו ואם יש סיפק ביד אדם עכשיו לתת נדוניא לבתו שמא לאחר זמן לא יהיה סיפק בידו ותשב בתו עגונה ע"ש ה"נ יש לאמר באיש שעתה מעמדו ומצבו בטוב ויכול לישא אשה הגונה וחשובה ואם ימתין ג' רגלים ולפעמים כשמתה באסרו חג דסוכות יצטרך להמתין שנה תמימה ובתוך הזמן יכול להיות שיכלו מנכסיו ולא תרצה אשה הגונה לקחת אותו ויתעגן, ופן ע"י הרדיפות תתפרד החבילה ביתו לביתה לכן הקילו ובפרט עכ"פ דיש לסמוך אהנך שיטות שסוברים שר"ה ויה"כ נחשבו לרגלים, ויותר מזה על הרמב"ן ורי"ץ גיאות והרא"ש, והרוקח בה' אבלות שכ' דהלכה כר' יודא שדי בב' רגלים, ועיין בתשו' אמ"ו בח"ס בי"ד סי' ש"כ שכ' אי הטעם משום אבלות בג' רגלים אז פשוט מאד דר"ה ויה"כ כרגלים ע"ש ויש לעיין הלא המחבר כאן כ' דר"ה ויה"כ אינם כרגלים ולעיל

ולעיל בסי' שפ"ה סעי' ב' פוסק המחבר דכל ג' רגלים מנחמין לבעל כשמתה אשתו ובשאר אבלים מנחמין רק ל' ולא אח"כ אלמא דהמחבר סובר דמשום אבלות קבעו ג' רגלים דאי משום שתשכח ולא יחשב על אשתו ראשונה בשעת תשמיש בשני' אז ליכא אבלות מלמד ואילך ואמאי מנחמים, וע"ש עוד שהקשה אמ"ו למה לא נחשב פורים לרגל דהא הוא יום שמחה ע"ש ונראה דברגל דאמרו חז"ל בפסחים דף ק"ע דחייב אדם לשמח את אשתו בלבשוכים והכי פסקינן, ובכל רגל ורגל כיון שהרגל מחייב אותו לשמח את אשתו זוכר את אשתו שע"י מיתתה לא יוכל למלאות חיובו וגומר בלבבו לישא אשה לשמחה ברגל וע"י ג' פעמים תשכח אשתו הראשונה, אבל פורים אף שהוא יום שמחה שמחה זו אין לה שייכות לאשתו כלל, ועיין ברמב"ן בתה"א בענין האבלות שהשיג על הי"א דקוברים דר"ה ויה"כ כרגלים דכל הטעם כדי שתשכח אשתו הראשונה מלבבו ולזה צריכין זמן רב ע"ש וצ"ע הלא מדויל ידיה משתלם הוא בעצמו פוסק שם כל' יוצא דדי בב' רגלים ע"ש והלא כשמתה אשתו בע"פ מותר לדידי' לישא אשה באסרו חג של שבועות אף שהזמן קצר ג"כ:

סימן שצ"ג

א' סעי' א' אבל ג' ימים הראשונים אינו יוצא לבית האבל. עיין באור זרוע ה' אבלות סי' ת"מ שהוכיח מדכ' רש"י במ"ק דף כ"א דאחר ג' יוצא לנחם אבלים אבל להתנחם יוצא אפילו בתוך ג' ימים הראשונים, וב' אבלים יכולים לילך שחרית וערבית להתפלל יחדיו בבית אחד שיתנחמו שם ומביא ע"ז הירושלמי במגילה פרק ד' הלכה ד' דתני שם יוצא להתנחם ולא לנחם וע"כ בתוך ג' ימים הראשונים דלאחר ג' יוצא אפילו לנחם ע"ש בקרבן עדה ובפני משה המפרשים שם הירושלמי מקשה מהך ברייתא על ר' אבונה דמתרץ דשאר אבלים שבאים לנחם יכולים למנות לעשרה והלא בברייתא תני' דאין אבלים יוצאים לנחם ונשאר בקושי' ע"ש ולפי הא"ז הלא הך ברייתא רק בג' ימים הראשונים איירי אבל אחר ג' הולכים האבלים גם לנחם ולא הי' קשה מידי על ר' אבונה דשפיר מתרץ דשאר אבלים שבאים אחר ג' ימים לנחם נמנין ליוד ועכצ"ל לפמ"ש הא"ז דלא כהמפרשים ק"ע ופני משה שם כ"א דהך ברייתא מייתי הירושלמי לסיועי דלאחר ג' ימים יוצאין לנחם והוה בניחותא ולא קושי':

ב' שם בהג"ה ומקצת יום ג' ככולו. עיין לעיל בסי' ש"פ דרק לאחר ג' ימים מתירין דבר האבוד ולא ביום ג' ולמה לא אמרינן גם שם ומקצת היום ככולו ואם נחלק דהכא רק לדבר מצוה לילך לבית אבל או לבה"ק אמרינן כן משא"כ התם דהוה לדבר הרשות הלא חז"ל אמרו על קרא דעושה צדקה בכל עת זהו המפרנס אשתו ובניו והעוסק בפרקמטי' לפרנס אשתו ובניו יחשב לעוסק בדבר מצוה ועיין בש"ע א"ח סי' רמ"ח בסעי' ד' בהגה דאדם שהולך לסחורה יחשב לדבר מצוה וצ"ל דרק לשעה מועטת לילך לבית אבל או לילך לבה"ק ללות המת מתירין לאבל, אבל אם נתיר לאבל לעסוק במסחר וקנין יתעסק במשא ומתן בלי הפסק מבוקר עד ערב ויסיח מאבלתו לגמרי לכן מחמרינן:

ג' שם סעי' ב' כגון דבר האבד. עיין לעיל בסי' ש"פ סעי' ב' דאפילו דבר האבד אינו מותר לכל אדם כ"א לעני המתפרנס מן הצדקה ורק אחר ג' ימים והכא מתירין לכל אדם, ויש לאמר דהרמ"א אזל לשיטתו דשם בסעיף ה' פוסק בדליכא אומן אלא הוא מותר אפילו תוך ג' בהפסד גדול והכא ג"כ בכה"ג. באם אי אפשר ע"י אחר ובהפסד מרובה, אך לפי מה שכ' הש"ך שם סק"ו דרק בצנעא מותר צ"ע הלא יציאה לדרך אין לך פרהסי' גדול מזה ומוכח דלא כש"ך:

ד' שם בהג"ה ואם רוצה שלא לישב במקומו. עיין בלבוש שכ' ואם רוצה לישב במקומו וגם לדבר הרשות בידו ע"ש וק' הלא הגה"מ אינו מתיר רק כשישב שלא במקומו אז מותר לדבר אבל תרתי לישב במקומו ולדבר לא התיר, ואין לאמר דיש ט"ס בלבוש וחסר תיבה אחת שלא לדבר דאז אינו מובן וגם לדבר דה"ל לאמר ולדבר, אך עיין בירושלמי בפ' אלו מגלחין הלכה ה' מביא שם דברי ר"ש דבשבוע ג' הרי הוא ככל אדם ואמר ר' יהושע בל' הלכה כדברי מי שהוא מוסיף ימים ופליגי שם במפרשים הקרבן עדה מפרש דהלכה כר' יודא וכן כ' הכל בו לפרש דברי הירושלמי, אך הפני משה שם מפרש דהלכה כר' שמעון ועיין ברמב"ן בתה"א שמביא בשם רי"ץ גיאות דהלכה כר"ש וכפני משה אך הרמב"ן שם כ' מדלא הביאו בש"ס בבלי דברי ר"ש אין הלכה כמותו ע"ש לפ"ז י"ל דהלבוש סובר כרי"ץ גיאות וכפני משה דהרשות ביד אבל לישב במקומו ולדבר בשבוע ג':

ה' שם סעי' ג' ואם האבל מוהל או בעל ברית. עיין ביד שאול שתמה למה בוחרין לסנדק מי שהוא אבל הלא הסנדקאות הוא כהקטרת קטורת ופשיטא דכהן אבל לא היה רשאי להקטיר ע"ש ואני לא אדע מנא ליה הא, דרק אונן אסור בעבודה ולא אבל בפרט כשעלה עליו הגורל להקטיר אם נדחה בימי אבלו ידחה לעולם דמעולם לא הקטיר כהן א' ב' פעמים משום שהקטרת מעשיר דכתיב ישימו קטרה באפך ברוך ה' חילו גם הלא מבואר במ"ק דף כ"ז ובירושלמי סוף מ"ק ומובא בש"ע בסי' שצ"ד דבאבל הוא כאלו חרב שלופה נגדו וכל

הסכנה

השנה הדין מתוח עליו ע"ש לכן מכבדין לו סנדקאות דהוה כהקטרת קטורת דמעשיר להפך אצלו הקללה לברכה שיברך ה' חילו ויצלח פועל ידיו, ובפרט באבל מאב ואם מכבדין לו הסנדקאות שירבה במצות לזכות את אבותיו, ועיין בתשו' שמש צדקה בי"ד סי' ע' שכ' דאף ביום ראשון של אבלות יכול להיות מוהל וסנדק ואף בשעת אנינות יכול להיות סנדק דנהי דפטור מכל המצות דוקא במוהל יש לחוש לברכה לבטלה משא"כ בסנדק ע"ש בסוף התשובה, ולפי דבריו אם האב מברך ברכת המילה היה מותר לאונן למול דהוה שלוחו של אב כמ"ש הש"ך בח"מ סי' שפ"ב, אך דבריו תמוהים הלא בירושלמי ברכות ריש פ' מי שמתו נותן ב' טעמים למה אסור לאונן לעסוק במצות חדא משום שצריך לעסוק בצרכי המת ושנית משום כבוד של מת ואף אם יש לו מי שישא משאו אסור משום כבודו של מת עש"ה לפ"ז ודאי אסור לאונן להיות סנדק או מוהל אף בלי ברכה משום כבודו של מת:

ו' שם בסעי' ג' ומותר לו לתקן הצפרנים. עיין באור זרוע ה' אבלות סי' ת"מ שכ' והמוהל בתוך ל' מותר לו לתקן צפרניו שצריך לעשות בהם פריעה לפי שמצותה דאורייתא ותספורת רק דרבנן ע"ש ומדכתב תוך ל' משמע דבתוך ז' אסור דאל"ה הי' לו לכתוב סתם שמותר לאבל לתקן צפרניו ואף דהאי טעמא שכ' הא"ז דמצות פריעה דאורייתא ותספורת דרבנן שייך גם בתוך ז', י"ל דסובר הא"ז כהרי"ף והרמב"ם דיום ראשון דאבלות הוה מדאורייתא ושאר הימים נמשכים אחרי יום ראשון ונחשבים לדאורייתא לכן אסור בתוך ז' ומותר רק בתוך ל' והרמ"א מחלק בדליכא מוהל אחר מותר אף תוך ז' ובדאיכא אסור בתוך ז' ויש לאמר הא"ז מיירי בדאיכא מוהל אחר לכן אסור בתוך ז' והרמ"א והא"ז עולים בקנה אחד:

סימן שצ"ד

א' סעי' א' שלשה ימים לבכי. עיין בב"ח שכ' דעל מי שמת בלא בנים יכולים לבכות עליו יותר מג' ימים ומפרש בזה דברי רב יהודה במ"ק דף כ"ז ע"ב שאמר בכו בכה להולך היינו בלא בנים ע"ש ולדעתי מוכח מהאי אתתא דהוה לה ז' בנים שמביא הגמרא התם דלא כב"ח, דהא הבנים שמתו לה היו עדיין בתוך ביתה והיו עדיין בחורים ולא נשאו עדיין נשים ומדאמר לה ואי לא לבית זוודתא לאידך ופירש רש"י שתכין תכריכין ואלו היו נושאין נשים אז אין עשית התכריכין מוטל על האם, ולפי מ"ש הב"ח דעל ההולך בלא בנים יכולים להרבות בבכי מה חטאה האשה שהרבתה לבכות על בניה שמתו בלא בנים ודוחק לחלק בין פנוי לנשוי ומת בלא בנים, ומה שהביא ראי' מרב יהודה לדעתי רוצה ר' יהודה לפרש כפל הלשון בכו בכה שעל מי שמת בלא בנים יבכו גם רחוקים עם הקרובים ומביא ע"ז דריב"ל לא הלך לבית אבלים לנחמם כי אם במת בלא בנים הראה צערו להקרובים:

ב' שם סעי' ב' וכן חכם שבא שמועתו. עיין בשערי דיעה שמסופק אם נשמע תוך י"ב חודש שמת חכם ונתרשלו לספדו עד שעברו י"ב חודש יש לאמר כיון דחל החיוב תוך י"ב חודש לספדו צריכין להספידו אף אחר י"ב חודש, וכ' דביבמות דף ע"ח דאמר דוד על שאול כיון שעברו תריסר ירחי אין להספידו והלא שם שמעו וידעו תוך י"ב חודש רק שנתרשלו ע"כ דגם בכה"ג אין להספידו ע"ש ויש לדחות ראי' זו דהתם נאמר אל שאול שלא נספד כהלכה משמע שנספד רק שההספד לא היה כהלכה בכה"ג יש לאמר דאין לספדו אחר י"ב חודש אבל כשלא נספד כלל עדיין י"ל שצריכין לקיים החוב שחל עליהם קודם י"ב חודש, גם יש לאמר מה שלא ספדו אותו כהלכתו משום שהרג נוב עיר הכהנים וזהו הסמיכות דקרא, אבל בהתרשלות בלי שום טעם רק מחמת עצלות יש לאמר, דמספידין אח"כ למצאות חובתן, ועוד אפשר לאמר דעיין ברש"י ביבמות ריש דף ע"ט ד"ה תריסר שכ' לאו דוקא דהא קרוב לתלתין שנין היו ע"ש ויש לפרש דנפקין תריסר ירחי שתא אחר שעבר זמן חיוב ההספד מי"ב חודש ועדיין יש לאמר מיד אחר י"ב חודש יש תשלומין בפרט, אם לא התרשלו מחמת שלא חשו לכבודו כי אם להיפך משום שבתוך י"ב חודש לא היה זמן מוכשר לספדו ברוב עם שהוא הדרת מלך מאן מלכא רבנן, והמתינו אחר י"ב חודש שאז יתאספו רוב עם ויהי' זמן כניסה לכל כראה שיספידו:

ג' שם סעי' ג' יוצאין לבה"ק. עיין בדרישה הביאו הש"ך סק"ב דוקא בימיהם שקברו בכוכין והיה אפשר לגלות את המת ולראותו, אבל השתא שקוברין וסותמין הקבר לא מהני הפקידה ע"ש ובאמת יש לתמוה בשלמא התורה אמרה לא תלין משום דאז קברו בכוכין והיה אפשר לקברו תוך ג' ימים, אבל איך התירו לקבור מיד בלי הלנה איזה שעות אחר המיתה ולסתום הקבר בעפר ואיך לא חשו שמא עדיין לא מת רק נתעלף ונראה כמת ועדיין חי הוא והלא בפקוח נפש לא אזלינן בתר רוב וחיישינן למיעוט, וראיתי בתשו' אמ"ו בח"ס בי"ד סי' של"ח שכתב שזהו אחד לאלף שנים שיקום אחרי כפלו ואפילו מיעוטא דמיעוטא ליכא רק דהיה מדרכי האמורי כמבואר ברמב"ן והנהיגו ישראל ג"כ לבקר על המתים והיה ראוי לאסור להם משום דרכי האמורי ואמרינן שאין בזה איסור משום דרכי האמורי משום שמזמן שאחד כמאה חי והוליד בנים עש"ה אך המעיין בש"ע כאן לא, נראה כן דאז היה לו להש"ע לאמר המבקר על המתים בתוך ג' ימים לית בו משום

משום דרכי האמורי אבל הש"ע כ' שיוצאין לבית הקברות ופוקדין שמא עדיין חי הוא מלשון זה מבואר דצריכין לבקר דיש לחוש שמא עדיין חי הוא, ובאמת בזמננו ניתן הדת מהמלך שלא לקבור שום מת כ"א אחר שעברו ג' ימים ממיתתו עד שנראו בגופו כתמים של עפוש ועיכול הבשר אבל קודם שניתן הדת קברו מיד אחר מיתתו שלא להלין המת ואיך לא חששו שמא עדיין חי הוא, ולדעתי נתהוה הדבר ע"י הגלות המר שנגזר עלינו לישב במגרשי העיר במקום צר ודוחק מאד עד שהוצרכנו לדור בחדר אחד ב' או ג' משפחות מישראל מחמת המציק והיתה סכנה להחיים שנשארו בחדר שמת שם מת שאם יניחו שם המת ג' ימים יתעפש האויר ויחלו הנשארים האבות עם הבנים ומשום סכנה להחיים לא חששו למיעוט שמתעלפים ונראים כמתים וחשו על נפשם שלא יחלו ע"י הנחת המת בביתם ואף שחז"ל אמרו מאי חזית דדמא דידך סומק טפי דלמא דמא דחברך סומק טפי היינו בדבר השוה, אבל הכא דהסכנה היתה קרובה לכל החיים והחשש לעילוף אינו אלא רחוק חששו יותר לסכנת החיים וקברו מיד המת שלא יתעפש האויר ומה"ט ג"כ נתבטלו הכוכין דכל זמן שלא נסתם הקבר לגמרי נתעפש האויר ע"י המת ומתפשט העיפוש מהר למרחוק וניתן הדת לקבור בקבר סתום לגמרי:

ועיין עוד שם בדרישה שמפרש עד למד יום החרב רופפת היינו שהחרב אינה שלופה אלא היא בתערה ובכדן שלה רק רפויה ונוחה ליפול ולאחר י"ב חודש היא תקועה שם, ואין פירושו נכון הלא אמרו לאחר י"ב חודש חוזרת לתערה ולפמ"ש הדרישה הלא כבר חזרה אלא שהיתה רפוי', אלא הפירוש עפ"י מה שאחז"ל מז' ועד למד כאלו עוברת לפניו בשוק והיינו מתחלה זקופה במקום אחד בקרן זוית ומאז ואילך מתנועעת ועוברת בשוק ממקום למקום בכל מקום שהאבל הולך, ועיין שם עוד שכ' דאף אם המת היתה נקבה בכל זאת לא נתרפאה המשפחה עד שנולד לה בן זכר דוקא ע"ש ואפשר לאמר ודאי אם נולדה נקבה למי שמתה לו בת יש לו תשלומין, אבל אם נולד לאחר מבני משפחתו בת ולא לו אין תשלומין למיתת בתו כ"א כשנולד לאחד ממשפחתו בן זכר נתרפא גם הוא, וע"ש בדרישה הביאו הש"ך סק"ב בשם רוקח מי שמת לו מת ובתוך שלשים נולד לו בן אינו עושה שמחה ומשתה ביום המילה ע"ש הנה מלשון זה משמע שאף שיום המילה אחר למד כיון שנולד הבן בתוך למד למיתת הראשון אין עושין משתה ושמחה, ולדעתי מדלא אמר שאין עושין סעודה ביום המילה להרוקח מודה לעשות סעודה אלא שלא לעשות שמחה ומשתה שלא להרבות בשמחה כי אף שאמרו דאם נולד בן זכר נתרפאה המשפחה בכל זאת אין לו לאב אלא מה שניטל ממנו ע"י מיתת הראשון אבל אין לו יתרון שאם לא הי' מת הי' לו שני בנים ועכשיו אין לו אלא בן אחד ולשמחה מה זו עושה הלא אין לו אלא מה שהיה לו כבר:

סימן שצ"ה

א' סעי' א' כיון שעמדו מנחמין מאצל האבל ביום ז'. המחבר פוסק כהר"ש בה' שמחות סי' ל"א דרק מקצת יום ככולו ולא מקצת לילה, אבל הרמב"ן והר"ת הביאו הרמב"ן סוברים דגם מקצת לילה הוה ככולו, והנה מלישנא דר' עמרם במ"ק דף י"ט דאמר כיון שעמדו מנחמון מהאבל מוכח לכאורה דבעי מקצת היום דוקא, אך ע"ש במ"ק כמאן אזלא הא דאמר ר"ע כמאן כאבא שאול וכ' רש"י דלאבא שאול עולה לכאן ולכאן דחשיב כמי שמיני דמבטל ממנו גזרת שלשים ע"ש ולמה הוצרך רש"י להאריך בזה הלא די דאבא שאול סובר ביום ז' מקצת היום ככולו, אך עיין בסי' שפ"א בש"ך סק"א ובדגול מרבבה שם דרחיצת כל הגוף אסור כל למד והיה קשה ליה לרש"י איך אמר כיון שעמדו מנחמין מותר ברחיצה הלא גם בתוך למד אסור ברחיצה ע"ז כתב רש"י דמיירי בערב הרגל ונחשב לשמיני ולכן מותר ברחיצה, לפ"ז י"ל לעולם לענין ז' די במקצת לילה כהרמב"ן והר"ת ורק שיחשב גם לשמיני ויהי' מותר ברחיצת כל גופו בעי גם מקצת מהיום, ועיין בתשו' הרדב"ז ח"ג סי' תקנ"ט שמכריע בין הפוסקים לענין תשמיש המטה ותלמוד תורה דהם מצות יש לסמוך על הרמב"ן והר"ת דדי במקצת לילה, ולענין דברי רשות יש להחמיר דבעי דוקא מקצת היום כמהר"ש. והנה דבריו הם ההיפוך ממה שכ' בספר חסידים סימן ר"מ הביאו הט"ז בא"ח סי' תקכ"ה וכן בשם תשו' מהר"ש דאף דאמרינן מקצת היום ככולו אפ"ה אסור בתשמיש המטה כל יום ז' עד ליל ח' ע"ש טעמם דלענין דברים שבצנעא לא אמרינן מקצת היום ככולו, ועיין בש"ך סי' ת"ב סק"ד שמביא בשם הב"ח דאם יום ז' בשבת אסור כל היום בתשמיש ואם חל ז' בחול מותר והש"ך שם והט"ז סי' ת"א סק"ה חולקים על הב"ח ע"ש ובאמת הסברא להיפך דכיון דבשבת איכא מצות עונה ימלא חובתו בשבת אבל בחול ליכא חיוב עונה כ"א בליל טבילה, והנה לפי מה שכ' בספר חסידים ובתשו' מהר"ש מובן למה לא די לן בכ"ע יום הלא יום שביעי עולה לכאן ולכאן ויש לן בכ"ע שלשים יום, ועיין בב"י בסי' ש"ל שמביא דעת הרי"ט בתוס' מ"ק דף י"ט ע"ב והד"מ שם מביא בשם המרדכי שבאמת די בכ"ע יום וקיים ול"ע שאין המנהג כן ע"ש אך י"ל כיון דלא נשלמו ז' ימי אבלות לגמרי במקצת יום ז' דהא אסור בכל היום בדבר שבצנעא

לכן

לכן לא יתחלו ביום זה ימי שלשים ואבא שאול דאמר דבז' מונין גם לשמיני אמר כן רק בערב הרגל לשלק מהאבל גזרת שלשים, אבל להרדב"ז דפליג עדיין קשה הלא יום ז' עולה לכאן ולכאן ויהי' די' בכ"ט ימים, אך עיין בפסחים דף כ"ה דאמר רבינא שם חד מקצת היום ככולו אמרינן תרי מקצת היום ככולו לא אמרינן והי' ניחא לרבינא, אך עדיין לא הי' צריכין עד כן השמש ביום למד ולמה לא הספיק עד תחלת ליל למד, ועיין בנזיר דף ו' דאם קיבל ב' נזירות וגילח ביום כ"ט יצא דיום שלשים של ראשון עולה לכאן ולכאן:

עיין בסי' זה בט"ז סק"ג שתמה על הב"ח שכ' דבשנה מעוברת דנפסק האבלות בחודש י"ג אין אבלות עוד ביום יארצייט והט"ז תמה עליו הלא בכל שנה כל ימי חיותו צריך לנהוג כן ביום יארצייט ע"ש וראיתי בכרם שלמה סי' של"א שכ' בשם לחם הפנים שהעיד משמי' הגאון בעל מג"א דרק בשנה ראשונה צריכין לנהוג אבלות ביום יארצייט לא בשנים אחרות שאח"כ ע"ש וי"ל דהב"ח ג"כ סובר כן ולק' עליו קושי' הט"ז; וחידש הב"ח דאם שנה ראשונה שנה מעוברת כיון דנפסק האבלות בחודש י"ג גם אז ליכא ביארצייט אבלות כמו בשנים שאח"כ, ולפי סברת הב"ח יש לעיין לפי מה שכ' הרדב"ז ח"ג תשו' תכ"ד לחלוק על התה"ד דביום אחרון של י"ב חודש א"צ להתאבל עוד דאמרינן ביום זה מקצת היום ככולו כמו בז' ולמד ע"ש עדיין יש הפסק אבלות דהא ביום שלפני היארצייט נפסק האבלות וע"כ הב"ח סובר בזה כהתה"ד דלא אמרינן ביום אחרון מקצת היום ככולו, ועיין בה' שמחות למהר"ם סי' ל"א שכ' דמש"ה לא מהני מקצת לילה דליכא היכר אבלות דבלא"ה הדרך לחלוץ בלילה המנעלים לכן בעי מקצת יום שיחלוץ מנעליו ויכיר אבלותו ע"ש לפ"ז בשבת דגם בבקר אינו חולץ מנעליו וליכא במקצת יום יותר היכר מבמקצת הלילה י"ל דגם המהר"ם מודה דאמרי' במקצת ליל שבת והוה ככולו והי' מותר לשמש בלילה ולעסוק בתורה וללבוש חלק לבן בלילה, ונראה דיש לתת טעם אחר למה בעי דוקא מקצת מהיום, דבאמת קשה להבין למה כיוה מקצת היום ככולו אכן מליכו רובא ככולה אבל לא שהמיעוט יהי' בכולו, אך אי בעי מקצת מהיום ניחא דהיום מתחיל מצאת הכוכבים ואנו מחשבין הלילה לי"ב שעות והיום לי"ב וכיון שעבר כל הלילה ומקצת גם מהיום כבר עבר הרוב מיום זה ואמרינן רובו ככולו, והא דמהני לאבא שאול בז' למנות גם לשמיני עיין בתוס' נזיר דף ו' ד"ה ולר' מתנא שכתבו דאף לבר פדא דלית ליה מקצת היום ככולו לענין נזירות ראשון, מודה הוא דמהני מקצת היום לנזירות שני מידי דהוה אם קיבל נזירות בחצי היום דנחשב אותו היום ליום שלם ע"ש וע"ש בנזיר דפליגי ר' מתנא ובר פדא לר"מ אמרינן בנזירות דאורייתא מקצת היום ככולו ולבר פדא לא אמרינן כן ועד כאן לא פליג בר פדא א"ר מתנא אלא בנזירות דאורייתא אבל בדרבנן י"ל גם בפ' מודה דאמרינן מקצת היום ככולו, ובזה מובנים דברי אביי ורבא במ"ק דף י"ט ע"ב דמחלקיה בין ז' לל' דרק לענין שלשים אמרינן מקצת היום ככולו דסוברים כבר פדא דבדאורייתא לא אמרינן מקצת היום ככולו, ולרי"ף ורמב"ם ורמב"ן אבלוה יום ראשון דאורייתא ושאר הימים שוים ליום ראשון לכן סוברים דבז' ימי אבלות לא אמרינן מקצת היום ככולו כ"א לענין שלשים דרבנן, ונהרדעי שם סוברים כר' מתנא דאף בדאורייתא אמרינן מקצת היום ככולו:

סימן שצ"ו

א' סעי' ב' בקטן שנתגדל בתוך ז' פוסק המחבר כהרא"ש דפליג אמהר"ם דמחייבו במת לו אביו או אמו ונתגדל בתוך ז', ויש לדקדק בלישנא דר"ם דנקט במת אביו או אמו ולמה לא כ' סתם במת אחד מקרוביו ומדפורט אביו או אמו משמע דוקא באבלות דאב ואם דתורה מחייב הר"ם לקטן שנתגדל להתאבל אבל אם מת לו אח או אחות גם הר"ם מודה דפטור, אך הלא מביא ראי' משמועה קרובה ברגל שמתאבל אחר הרגל ושם אף בשאר קרובים חייבין אחר הרגל וכן הטעם שכ' דאין דיחוי אלל מלות שייך גם בשאר קרובים, ועיין במהר"ם שכ' שאינו מוכח מיום קבורה דאף במת ברגל מונין ימי הרגל למנין שלשים התם נוהג גיהוץ ותספורת עכ"פ ברגל, משא"כ בקטן בקטנותו לא שייך אבלות כלל עש"ה ויש לעיין לפי מה שכ' הדרישה בי"ד בסי' שמ"א אות מ"ז לריץ גיאות שבקטן שהגיע לחינוך צריכין לקרוע בגדיו מלד חינוך דה"ה שצריכין לחנכו באבלות וצריך לנהוג כל דיני אבלות ע"ש ואיך קאמר מהר"ם דבקטן לא שייך אבלות כלל וצריך לאמר דר"ם סובר כהרוקח בה' אבלות סוף סי' ש"ד שכ' שאין ליסב באבלים לתינוק שעדיין אינו בן י"ג שנים ויום אחד ע"ש ועיין בש"ך שמביא בשם הב"ח שפוסק כמהר"ם דלא כרא"ש ועייכתי בב"ח וראיתי שמחלק בין מלוה דאורייתא למלוה דרבנן דרק במלוה דאורי' אמרינן כיון דאדחי אדחי ע"ש וק' עליו מסנהדרין מ"ז ע"ב דאמר ר' אמי בהרוגי ב"ד כיון דאבלות מקמיית הגולל והכפרה מתחלת מכי חזו לערא דקברא פורתא כיון דאדחו ידחו ע"ש אלמא דגם באבלות דרבנן אמרינן כן, והנה להרי"ף והרמב"ם ורמב"ן דאבלות יום ראשון דאורייתא י"ל דמש"ה אמר ר"א באבלות כן משום דהוה דאורי' אבל במלוה דרבנן לא אמרינן כיון דאדחו, אך ממ"כ מוכח דלא כהב"ח דאי אבלות דאורי' אמרינן כיון דאדחי אדחי ופטור הקטן מאבלות ואי אבלות

דרבנן הלא מוכח מר' אשי דגם בדרבנן אמרינן כיון דאלדמי אלדמי והלכה כהרא"ש וכמ"ש הט"ז, בפרט בבן י"ג שלא נבדק אי הביא שתי שערות ואין כאן אלא חזקה דרבא והלא בכדה מ"ו אמרינן כי אמר רבא לענין מיאון אבל לחליצה בעי בדיקה ולא סמכינן אחזקה דרבא לקולא וטעמא משום דחזקת קטנות מסעי' למיעוט שאין מביאין שערות לי"ג שנים וסמוך מיעוטא לחזקה ואתרע רובא ואם נחייב לבן י"ג כהאי להתאבל יהי' מומרא דאתי' לידי קולא שיבטל מתלמוד תורה בפרט באבלות דפטרינן בתינוק שמת בתוך ל' מאבלות וסמכינן אמיעוט נפלים וכ"ש הכא דיש חזקה עם המיעוט וכהי דנוהג אבלות כשהוא בן י"ג בשעת מיתה אף שלא נבדק הבו דלא להוסיף לחייב לקטן שנעשה בן י"ג בתוך ז' ורהוי לנו לפסוק כהרא"ש:

סימן שצ"ז

א' סעיף א" מתאבלין על פי עד אחד. וכ' תרמב"ן בתה"א כיון דמותרת להנשא על ידיהם ע"ש וקשה להבין דבריו הלא ביבמות פ"ח אמרינן דמש"ה התירו חכמים לאשה להנשא עפ"י עד אחד משום חומר שהחמרת עליה בסופה דייקא ומנסבא וקודם שנשאת דוקשת וחוקרת בכל כחה ואמלה עד שתדע בבירור שמת בעלה אבל להתאבל מיד כשבא ע"א להעיד שמת בעלה הלא עדיין לא דרשה וחקרה והלא בנפל למים שאין להם סוף פסקינן דלא להתאבל ולא לאמר קדים שאם מתאבלין עליו תלך האשה ותנשא לאחר ה"כ נחוש שע"י האבלות לא תחקור ולא תדרוש ולא תידק ותלך ותנשא לאחר וע"י שנחמיר באבלות תבא תקלה לענין נשואין:

ב' שם סעי' ב' בט"ז סק"ב ע"ש שמביא ראי' מפסחים דף כ"א דאמרינן כיון דהשתא מת לפנינו כבר מת ולא מוקמי' בחזקת חי דחזקת חי עשוי להשתנות ע"ש ויש לעיין הלא התם מלבד חזקת חי יש עוד חזקה שני' חזקת טהרה של המפקח הגל שעד עתה היה טהור ועיין בערובין דף ל"ו שמחלק רבא שם על נגע באחד בלילה דהוה ב' חזקות חזקת טהרה של נוגע וחזקת חי וכהי דחזקת חי עשוי להשתנות אבל חזקת טהרה איכה עומדת להשתנות וכוקמא אותו עדיין אחזקת טהרה אעכל"ל התם כשנראה אחר פקוח הגל שנתרולץ גולגלתו ע"י כפילת הגל לא הי' אפשר שהיה חי בשעה שהתחיל לפקח, ועיין בתוס' בחולין דף ל"ו ד"ה פלוני שכ' אף שידעינן שבעלה מת עתה יש לחוש שהיה חי עדיין בעת שנשאה לבעל שני ולא תפסו הקדושין ע"ש וזה היה מוכח דלא כהט"ז דלא אמרינן מדהשתא מת כבר מת אף בעת שנתקדשה לשני, אך י"ל התם יש לנו ב' חזקות חזקת חי של בעלה וחזקת אשת איש ומוקמינן אותה בחזקתה שבעת שנתקדשה לשני היתה עדיין אשת איש ולעולם י"ל בדליכא כ"א חזקת חי העשוי להשתנות מודים תוס' לסברת בעל הט"ז, ועיין בשבות יעקב ח"א סי' ל"ח דמייתי ראי' לט"ז מב"ב דף קכ"ג ע"ב דאמר רבה הרי מת לפניכו והרי קברו מוכיח עליו ופירש שם הרשב"ם מדהשתא מת מעיקרא נמי מת ע"ש ושמעתי מפי אמ"ו רשכב"ה בעל ח"ס בעת שילקתי מים על ידיו לשלק ראי' זו ושילק גם סתירת תוס' דבפסחים כ"א תירצו תוס' כל הטומאות כשעת מציאתן ומחייבין מש"ה בפסח שני וע"כ דהוה דאוריתא, ובערובין דף ל"ה ובנדה כ' תוס' בנגע ב"א בלילה דשעת מציאתן איכו אלא מדרבנן בקדשים ותרומה ע"ש ותירץ אמ"ו עפ"י מה שכ' התוס' כי"ד בקדושין דף ע"ט ע"א שהקשה שם דיהי' רב ושמואל כתנאי דר"מ וחכמים בנגע באחד בלילה, שנית למה לא הקשה הגמ' מהך משנה דנגע בא' בלילה לשמאי והלל כמו ממקוה והביות ותירץ דלא דמי דהתם אתילד הספק בטומאה גופא והוא ודאי נגע בלילה, ובנדה השתא ודאי טמאה אלא שלא ידענו מתי נטמאה וכן בסימני בגרות השתא ודאי בגרה ולא ידענו מתי בגרה עש"ה לפ"ז בנוגע באחד בלילה דאיכא ריעותא דודאי נגע בלילה, אכן השתא ליכא ודאי טומאה כמו בנדה בכה"ג פליגי ר"מ וחכמים ורק בקדשים מדרבנן משא"כ אי ודאי נגע והשתא ודאי טמא כמו בפסחים כ"א בגל עגול דמתחלה ודאי האהיל על כולו והשתא שנמלא מת ודאי טמא בזה לכ"ע כל הטומאות כשעת מציאתן מן התורה ומחייב בפסח שני כמו שכ' תוס' שם, לפ"ז בב"ב קכ"ג דשכיב ורמי בערסא דאיכא רעותא מעיקרא והשתא ודאי מת ונקבר הוה תרתי לרעותא לכן אמר רבה דאמרינן מאז לא חזר לבריאותו אבל היכא דליכא תרתי לרעותא י"ל כתשו' מהר"ס מינץ דמוקמינן בחזקת חיים אף דהשתא מת עד כאן שמעתי מאמ"ו זלוק"ל, ועיין בר"ן בחולין דף י' שכ' בפרה שנמלאת טרפה אם הגבינה מחלבה אסורה מחלק שם בטרפות שיש לאמר השתא נטרפה אזלינן בתר חזקות כשרות ומוקמינן אותה בכשרה ואמרינן השתא נטרפה, אבל בטרפות מחמת סרכא או מכה שאי אפשר לאמר שעתה נטרפה כי אם לפני איזה ימים אז חיישינן שכבר נטרפה וכל הגבינות ממנה אסורות עש"ה ה"כ יש לחלק כן, כשנשמע שמת ואפשר שהשתא מת מוקמינן אותו בחזקת חי ואמרינן השתא שבק חיים לכל חי וצריכין להתאבל עליו, אבל כשנודע שמת זה כמה ימים רק לא נדע אם הוא ממש מיתתו עדיין תוך ל' או אחר למד אז אמרינן שכבר מת כיון דאי אפשר לאמר השתא מת ואי אפשר להמשיך חזקת חי על השתא וא"צ להתאבל, ועיין בתשו' שבות יעקב ח"ב סי' כ"ח שמחלק אם כתבו לבן שמת אביו או אמו סתמא מיד כתבו אחר

המיתה

שמיתה שיאמר הבן קדיש לזכות נשמת אבותיו ואם האגרת עדיין בתוך שלשים מיום שנכתב צריך הבן לישב ז', אבל בבת או בשאר קרובים הסברא להיפך שהמתינו מלבשר בשורה רעה ואיחרו במכתבם וכבר עברו מהמיתה שלשים יום וא"צ להתאבל עוד והוא דבר המסתבר, ועיין בתשו' שאגת ארי' ח"ב שנדפס מחדש שחולק על הט"ז דחזקת חי עדיף מחזקה דהשתא והי' לן לאמר דעדיין הוה תוך ל' והוה שמועה קרובה, אך בכל זאת א"צ להתאבל כמו דא"צ להתאבל על תינוק שמת תוך ל' אף דרוב ולדות בני קיימא הם ולא אזלינן בתר רוב כ"ש דלא אזלינן בתר חזקה דחזקת חי דהא רובא עדיף מחזקה ע"ש אך יש לדחות ראיתו לפי מה שכ' הרמב"ן בתה"א דהיינו טעמא דלא אזלינן בתר רובא משום שאין לבו של אדם דוה רק על ודאי בן קיימא ולא על ספק בן קיימא כיון דאפשר שהי' נפל ולא שייך בו ואחריתו כיום מר עש"ה לפ"ז עדיין יש לאמר במת שהיה ודאי בן קיימא והלב דוה עליו בשעת שמיעה כששומעין שמת דאזלינן בתר חזקת חי ואמרינן דמיתתו היתה תוך שלשים וחייבין להתאבל:

סימן שצ"ח

א' סעי' א' עיין בתשו' הרשב"א סי' קנ"ה שכ' דאבלות יום ראשון אם הוא יום מיתה וקבורה הוא מדאורייתא ומביא ראי' מכתובות דף ד' שבועל בעילת מצוה אלמא דיום המיתה לבד בלא קבורה לאו דאורייתא ע"ש ודבריו קשים להבין דשם כ' דהמת נקבר ביום מחרת והרא"ש במ"ק בפ' א"מ סי' כ' ובכתובות דף ד' כ' שאם המת נקבר למחר אז הבעילה בלילה ועדיין יש לאמר דיום המיתה מדאורייתא והבעילה בלילה ביום שני ולא מוכח רק דיום הקבורה בלא יום המיתה לאו דאורייתא אבל עדיין יש לאמר דיום המיתה לחוד הוה מדאורייתא, והרמב"ם בפ"א מה' אבל ה' א' כתב ג"כ דיום מיתה וקבורה הוה דאורי' כהרשב"א, ויש לעיין על הרמב"ם דע"ש בכ"מ שמביא דברי הרמב"ם מספר המצות של עשה ל"ז שכ' מדלותה התורה לכהנים לטמא לקרוביהם מזה נלמד מצות אבלות שכל איש מישראל חייב להתאבל יום ראשון דאורייתא ע"ש. והלא הכהנים מטמאים עצמם ביום המיתה וביום הקבורה אף שהם בשני ימים עד סתימת הגולל והי' לנו ללמוד משם דאף אם יום המיתה ויום הקבורה נפרדים להתאבל בשניהם מן התורה כמו בכהנים, וגם לפי הרמב"ם קשה הלא בכהנים כל החיוב לטמאות רק עד סתימת הגולל ומשם ואילך אסור ובאבלות הוא בהיפך דשם כ' הרמב"ם בהלכה ב' מאימתי מתחייב להתאבל משיסתום הגולל וכל זמן שלא נקבר אינו אסור בדבר מן הדברים שהאבל אסור בהם ופירש הרמב"ן בתה"א שהרמב"ם סובר דהאונן מותר בתשמיש המטה וברחיצה וסיכה וגיהוץ ע"ש וכיון דאנו לומדים מהכהנים הי' לן ללמוד מהם לאסור עד סתימת הגולל ומשם ואילך מותר מה"ת:

ועיין ברמב"ם בפרק ז' מה' אבל ה"ו שכ' כהן הגדול חייב בכל דברי האבלות, ויש להקשות ממ"ק דף י"ד ע"ב דכהן הגדול כל השנה כרגל לכ"ע דמי ע"ש והלא רגל דוחה אבלות ואיך הכה"ג מחויב להתאבל כיון דאצלו תמיד רגל הוא, ונראה דאנן לא אמרינן רק דרגל מדחה האבלות על לאחר זמן במת ברגל שצריך לנהוג אבלות אחר הרגל, ובמת אביו של חתן ואמה של כלה שינהגו ז' ימי משתה ואח"כ ז' ימי אבל, וכן אם כבר חלה האבלות קודם הרגל ונהגו אבלות מקודם אז נפסק האבלות ע"י הרגל אבל לא לבטל האבלות לגמרי מכל וכל, וכיון שהכה"ג אצלו כל השנה כרגל וע"כ יתבטל האבלות לגמרי בלי התחלה ובלי סוף זה אי אפשר לכן חייב להתאבל, ועיין בספר החנוך לרא"ה בסימן רס"ד שכ' שע"י האבלות יתבונן בנפשו שעונותיו גרמו לו הצער וישוב אל ה' וזאת היא אמונת בני ישראל והאפיקורסים כופרים ותולין הכל במקרה ולמען לעקור דעותם הרעות נתחייבנו במצות אבלות ע"ש ולכן אין לבטל האבלות לגמרי ומה"ט יש לאמר קבעו חז"ל האבלות אחר הקבורה משום שקודם הקבורה טרידין הקרובים בצרכי קבורת המת ואין להם פנאי להתבונן ולחשב ולפשפש במעשיהם ולשוב אל ה':

ב' שם בש"ע במה דברים אמורים בשבעה מתים המפורשים בתורה. עיין ברמב"ם בפרק ב' מה' אבל ה' א' ומדבריהם שיתאבל האיש על אשתו הנשואה ולדידיה ליכא שבעה מתים מן התורה כ"א ששה בלבד, וע"ש בכ"מ ובלחם משנה שמקשים ממ"ק דף כ' ע"ב דתני בברייתא כל האומר בפ' כהנים שהכהן מטמא אבל מתאבל עליהם ואלו הן אשתו אביו ואמו ותני אשתו קודם לאביו ולאמו שהם מדאורייתא, ובגירסת הרי"ף אשתו לבסוף אחר ששה קרובים ע"ש ושם בברייתא תני הוסיפו עליהם ולא נקט שם אשתו, ומצאתי בהריטב"א שם שכ' ותימא אמאי לא חשיב אשתו ותירץ דלא איירי אלא בקרובים מחמת קורבא ולא מחמת קדושין ע"ש ומזה נראה דהריטב"א היה לו גירסא אחרת בברייתא דלא גרס אשתו אלא ששה קרובים וי"ל שגם הרמב"ם גרס כהריטב"א ולתרץ קושיתו הוכיח דאבלות על אשתו אינה אלא מדרבנן כיון דלמדין אבלות מטומאת כהנים והוא כ' שם בה' ז' דכהן אינו מטמא לאשתו אלא מדברי סופרים עשאוה כמת מצוה ע"ש וה"ה לענין אבלות ולכן לא חשיב אשתו עם ששה קרובים שהאבלות מן התורה, והא דלא חשיב אשתו בין הנך שהוסיפו חכמים יש לאמר שמה לא חשיב רק הנך שאין

הכהן מטמא להם אחיו ואחותו מאמו ואחותו הנשואה ובכל זאת הוסיפו חז"ל להתאבל עליהם דבתחלה אמר שם דכל שהכהן מטמא להם אבל מתאבל עליהם וע"ז אמר דהוסיפו אף הנך שאין הכהן מטמא להם משא"כ אשתו דהכהן מטמא לה מדרבנן לא שייכה בהנך שהוסיפו ולא להנך ששה שהם מן התורה כי אם מדרבנן הכהן מטמא לאשתו ומדרבנן צריכין להתאבל על אשתו:

סימן שצ"ט

א' סעי' א' הקובר מתו קודם הרגל. עיין במועד קטן דף י"ט במתניתין שם דבעי ג' ימים קודם הרגל ופליגי שם תנאי ופוסק שם ר' יוחנן כחכמים דדי בשעה אחת, ועיין ברש"י במתניתין שכ' בהעתק מצאתי ואני אומר שהוא טעות הלא ג' ימים לאו דוקא ודי בשעה אחת ע"ש דבריו תמוהים הלא שם בברייתא מפורש דבעי דוקא ג' ימים ואם התאבל ב' ימים קודם הרגל צריך להתאבל אחר הרגל עוד ה' ימים אלמא דג' ימים דוקא וכן סובר ר' אליעזר שם ורק שאנן קי"ל כחכמים שם, ואם נדחק ונאמר דכיון דבמתניתין תני ר' אליעזר אומר ע"כ הת"ק אינו ר' אליעזר, ליתא מדנקט ת"ק ג' ימים ולא שעה אחת סבר בהא כר"א, אם לא שנאמר שהיה קשה לרש"י קושי' תוס' במ"ק דף כ' ד"ה אמר ר' יוחנן שהקשו א"ר יוחנן דפוסק דדי בשעה אחת הלא ר' יוחנן אמר הלכה כסתם משנה ע"ש ומכח קושי' זו י"ל הוכיח רש"י דעכצ"ל דר' יוחנן סובר דתנא דמתניתין דנקט ג"י לאו דוקא כי אם די בשעה אחת, ולדעתי לא קשה קושי' תוס' כלל, אף דבכל מקום פוסק ר' יוחנן כסתם מתניתין אבלות אינה בכלל זה ויוצא חוץ מהכלל דהא יש לנו כלל גדול יחיד ורבים הלכה כרבים ובכל זאת באבלות אמרי' הלכה כדברי המיקל באבל אף כיחיד נגד רבים עיין במ"ק י"ט ה"נ פוסק ר' יוחנן כחכמים נגד סתם מתניתין דאבלות אינה בכלל שלו כי אם הלכה כדברי המיקל באבל דדי בשעה אחת ולא בעי' ג' ימים:

ב' שם או שהי' קרוב לחשכה ולא היה יכול לנהוג. יש לעיין כיון דבין השמשות הוא ספק יום וספק לילה אי מותר להתאבל בבה"ש בערב הרגל דשמא עדיין יום הוא הלא הרמב"ן בתה"א כ' דמש"ה מתאבלין בי"ט אחרון משום שאין הי"ט מתחלל באבלות כשחולץ מנעליו ואינו נותן שלום ואינו קורא בתורה ע"ש למה יהיה אסור להתאבל בבה"ש בערב הרגל, אף דיש לדקדק על הרמב"ן דהכי דמנעל ומלאכה ליכא חילול י"ט, אך הלא נצטוינו ושמחת בחגך וע"י האבלות מבטלין מ"ע דושמחת, בבה"ש אין לחוש לזה דכיון דליכא חלול י"ט באבלות ורק מ"ע דושמחת הלא יוכל לקיים משתחשך אחר בה"ש, והנה להרי"ף והרמב"ם והגאונים דסוברים יום ראשון דאבלות מן התורה יש לאמר דספק דאורי' לחומרא שמא בבה"ש היה לילה והיה י"ט ואין אבלות בי"ט לכן צריך להתאבל אחר י"ט, אך לדידן דקי"ל כהרא"ש דגם יום ראשון רק מדרבנן כיון שמא עדיין יום הוא וספקא דרבנן לקולא ויצא ידי חיוב אבלות וא"צ להתאבל אחר י"ט והמחבר לשיטתו דפוסק כאן בסעי' ג' דאבלות יום ראשון דאורייתא שפיר מחמיר כאן בסמוך לחשכה דצריך להתאבל אחר י"ט אך אנן סומכין על הרמ"א שפוסק כהרא"ש דאינו אלא דרבנן, ואחר שכתבתי מצאתי בפי' שבתשו' רדב"ז סימן ס"ד ובתשו' רלב"ח סי' כ"א פסקו דבה"ש עולה ליום שעבר דספיקא דרבנן לקולא והיינו כמ"ש:

ג' שם ומלאכתו נעשית ע"י אחרים ועבדיו ושפחותיו עושים בצנעא. עיין בתוס' במ"ק דף י"ט ע"ב ד"ה ומלאכתו שהקשו הלא אסור ע"י אחרים ותירצו בדבר האבוד ע"ש ותירוצם תמוה הלא בעבדיו ושפחותיו מבואר בש"ע סעי' ד' דידם כיד רבם ואסור בדבר האבוד ע"ש אמנם בלא"ה לק"מ דלכל הראשונים כ' כיון דעברו ז' ימים מיום המיתה שמת ברגל ומאז היה אסור במלאכה ובדברים שבצנעא ורבים באו לנחמו מקילין בז' ימי אבלו אחר הרגל שמלאכתו נעשית ע"י אחרים ואפילו ע"י עבדיו ושפחותיו:

ד' שם סעי' ג' בהג"ה ובע"פ מותר אחר חצות, עיין בש"ך ס"ק י"א שמאריך להשיג על הרמ"א מתשובת מהר"י מינץ ע"ש והעלים עינו לראות באור זרוע שממנו מקור הדין, שם כ' מפורש להלכה ולמעשה כיון דבזמן שבית המקדש קיים היה זמן הקרבת פסח מחצות ואילך הוה י"ט וליכא עוד אבלות ונפסק האבלות גם בזמן הזה ע"ש ולפמ"ש הא"ז נדחה ראיות ר' יצחק ב"א שמביא הסמ"ג בה' אבלות שכ' שאם מת לו מת יום אחד לפני הרגל מותר סמוך לחשכה בכל גזרת שבעה ומביא ראי' מיוסף הכהן שמתה אשתו בע"פ ואמר לאחותה לכי ופרנסי בני אחותך וכנסה סמוך לחשכה ע"ש ולפי מה שכ' הא"ז ליכא ראי' משם לשאר ערב י"ט דשם היה בע"פ ובע"פ מחצות ואילך ליכא אבלות ולכן כנסה אחר חצות:

ה' שם סעי' ד' אבל באביו ואמו, עיין בתשו' נב"י ח"א בא"ח סי' י"ד שמחלק בין אותן שאין מגלחין זקנם כ"א שער ראשם אז זמן הגערה ג' חדשים, אבל אותן שמגלחין זקנם הוה זמן הגערה אחר ב' או ג' שבועות דהשערות הם כקוצים ומגנות מאד וכיון דערב הרגל מבטל שלשים מותר לגלח זקנו מי שמתאבל על אב ועל אם:

ו' שם סעי' ה' בהג"ה וכן נוהגין, עיין בש"ך ס"ק ע"ז ובמג"א סי' תקמ"ח ס"ק ע"ו שהביאו התה"ד תשו' רפ"ז שמתיר לרחוץ כשמת לאחד מת בערב שבת ובשבת הוה ערב הרגל לרחוץ בע"ש כמו דאמרינן לרבנן דאבא שאול כשחל שמיני בשבת ערב הרגל דמותר לגלח בע"ש אף דלדידהו כשחל ז' בערב הרגל אסור לגלח משום דב"ה בערב הרגל דוחה הרגל האבלות ואמרינן כיון דהוא אנוס מותר בע"ש ה"כ בנידן זה ע"ש ולדידי דברי תמוהים, הלא במועד קטן דף י"ז ע"ב מבואר לאבא שאול אם חל שביעי בערב הרגל בשבת דאסור לגלח בע"ש ביום ו' ע"ש אף דלאבא שאול למחר בשבת ביום ז' יבטל הרגל כל שלשים דהא לדידיה די בז' לפני הרגל בכל זאת אסור לגלח בע"ש ביום ששה לאבלות ע"ש ואיך התיר התה"ד לרחוץ בע"ש, וע"ש בתוס' ד"ה ותנא דידן שדבריהם צריכין פירוש וע"ש במהרש"א שהרגיש וקיצר בדבריו כדרכו ואכי אבאר, אם חל יום ח' בשבת ערב הרגל כיון דכשלם האבלות ע"י הרגל מודים חכמים לאבא שאול דמותר לגלח בע"ש ביום ז' דאבלות דמקצת היום ככולו ועברו ז' ימי אבלות בע"ש וכיון דעיקר האבלות של ז' ימים כשלמו בע"ש מתירין לגלח, אבל אם חל ז' בשבת ערב הרגל אף דלאבא שאול ישלים הרגל כל האבלות למחר בשבת, כיון דבע"ש עדיין לא עברו ז' ימי אבלות כ"א ששה ימים אף אם כימא מקצת היום ככולו, אין מתירין לגלח בתוך ז' ימי אבלות כן כונתם ולפ"ז ליתא לדברי תה"ד ואסור לגלח בע"ש במת לו מת בע"ש אף שבשבת ישלמו לו ז' ימי אבלות כיון דבע"ש עדיין הוה תוך ז' ימי אבלות, ועיין בה' שמחות למהר"ם סי' כ"ה וברוקח בה' אבלות סי' ש"ג שכתבו שאם חל יום ז' בשבת ערב הרגל שמגלח בע"ש דהוה אנוס ע"ש ודבריהם תמוהים שהם כנגד גמרא מפורשת במ"ק דף י"ז ע"ב שהבאתי ורק ברגל מותר לגלח בחול המועד כיון דהיה אנוס ולא היה יכול לגלח קודם הרגל ע"ש, וע"ש ברוקח שכ' כתשו' מהרם"ל סימן ה' דאם מת בשמיני עצרת אז השמיני עצרת עולה לשלשים למנין ז' ימים ע"ש:

ז' שם סעיף י"ג מי שמת בי"ט ב' ונקבר באותו יום נוהג אבלות, כן כתבו הרי"ף והרמב"ם והלכות גדולות ושאר ראשונים משום דאבלות יום ראשון הוה מ"ע דאוריתא וי"ט ב' רק מ"ע דרבנן נדחה עשה דרבנן מפני עשה דאוריתא ע"ש ועיין בב"י בא"ח סי' תקמ"ח שכ' די"ל דה"ג והרמב"ם לא פליגי עם ר"ת דהם סוברים דברגל אף דברים שבצנעא אין נוהגין ובי"ט אחרון כשמת ונקבר באותו יום נוהג דברים שבצנעא ולזה אף ר"ת מודה ורק אבלות דפרהסי' אסור לר"ת ע"ש ודבריו קשים להבין הלא כולם כתבו דעשה די"ט נדחה ע"י עשה דאבלות ואיך כימא לדבריהם דאבלות דפרהסי' אסור, והנה דברי הראשונים בלא"ה קשים להבין הלא בברכות דף מ"ז מבואר דעשה דרבים דוחה לעשה דיחיד אף לעבור בקום ועשה מכ"ש בשב וא"ת שלא להתאבל דהא י"ט הוה עשה דרבים ואבלות רק עשה דיחיד ואי משום דאינו אלא עשה דרבנן הלא התם עשה דתפלה ברבים ג"כ אינו אלא עשה דרבנן ועיין בר"ה דף ל"ב דאסור לעלות בי"ט ע"ג אילן או לפקח הגל ליטול שופר לקיים מ"ע דתק"ש משום די"ט הוה עשה ול"ת וכ' שם הרן אע"ג דעלי' ע"ג אילן אינו אלא שבות דרבנן ושופר הוה עשה דאורי' חכמים עשו חיזק לדבריהם כשל תורה והוה כעשה ול"ת מדאוריתא, וגם אסרו לתקוע בר"ה שחל להיות בשבת משום גזרה דשמא יעבירנו דא' בר"ה אף דאינו אלא דרבנן, ומצאתי במרדכי סוף מועד קטן שכתב דאבלות יום ראשון הוה ודאי עשה וי"ט אחרון אינו אלא ספק עשה וספק נדחה מפני ודאי עש"ה ובזה נוכל לסלק קושיתנו מר"ה לב' התם מש"כ אי הוה י"ט אין עשה דשופר דוחה לעשה ול"ת די"ט ואי לא הוה י"ט גם עשה דשופר ליכא משא"כ הכא עשה דאבלות ודאי הוה דהא מת ונקבר היום ועשה די"ט אינו אלא ספק ונדחה ספק מפני ודאי, ובברכות מ"ז הוה עשה דרבים ודאי דעי' השחרר היו עשרה, ובזה מיושב נמי הקושי' שמביא המרדכי שם מכתובות ד' דאין אבלות דיום ראשון נוהג בז' ימי משתה אף דז' ימי משתה אינם אלא דרבנן, דז' ימי משתה הם ודאי וחכמים עשו חיזק לדבריהם כשל תורה וכיון דקדמו אין עשה דאבלות דוחה אותן, והקושי' שהקשה שם משמע שמועה ברגל ולמולאי רגל נעשה כחוקה הלא בי"ט אחרון חלה האבלות דאז הי' עדיין שמועה קרובה, ג"כ לק' הלא רק אי הוה מיתה וקבורה בי"ט אחרון חלה האבלות והתם דכבר מת רק שמע ברגל ואינו אלא כיום קבורה בלא מיתה לא חל האבלות בי"ט אחרון:

סימן ת'

א' סעיף א' בהג"ה ואם הכהן אבל. עיין בתשו' אמ"ו בח"ס בי"ד סי' שכ"ב שמאריך לקיים דברי הרמ"א ע"ש ותמהני הלא כל תשו' הראשונים היו גלוים לפניו שלא הזכיר תשו' תשב"ץ ח"ב תשו' כע"ו שכ' שהכהן לא ילא מבה"כ דהיציאה גופא הוה מלתא דפרהסי' כי אם ישאר בבה"כ ויקראו אותו לתורה ובחול בתוך ז' א"ל לצאת מבה"כ ויקראו ישראל ואין זה פגם לכהן דכולם ידעו שמפני אבלותו לא קראו אותו ע"ש ויש לעיין לפי מה שכ' התשב"ץ דהיציאה מבה"כ הוה מלתא דפרהסי' ממה שכ' המג"א בסימן קכ"ח ס"ק ס"ה בשם כה"ג דכהן תוך ז' אפילו אין שם כהן אלא הוא ילא מבה"כ קודם שקוראין כהנים הלא היציאה מבה"כ הוה מלתא דפרהסי', ויש לחלק

דרק אבלות דשבעה אסרו חז"ל לפרסם אבל אבלות דשלשים או די"ב חודש מותר לפ"ז לקרא הכהן לתורה דאסור רק תוך ז' אסור לפרסם אבלות דז' אבל לענין נשיאת כפים דאין עולין לדוכן כל שלשים בשאר קרובים וי"ב חודש באב ואם אף אם הכהן הוא בתוך ז' אם יצא מבה"כ אינו מפרסם שהוא בתוך ז' הלא אף אם הוא תוך שלשים או בי"ב חודש אינו נושא את כפיו לכן יצא, ועיין בתשו' שמש צדקה סי' מ' בי"ד שכ' באבל ביום ז' שחלץ מנעליו בנץ החמה וישב על הארץ וקם ונעל והלך לבה"כ מותרין לקרותו לתורה דמקצת היום ככולו ע"ש אבל אם לא נהג אבלות בבקר קודם שהלך לבה"כ אין לקרותו ואני הבאתי לעיל בסי' שצ"ה בשם תשו' רדב"ז דלענין תשמיש המטה ותלמוד תורה דהם מצות יש לסמוך על הרמב"ן ודעימיה דמקצת לילה הוא ככולו ורק בדבר הרשות יש להחמיר דבעי מקצת מהיום דוקא ע"ש לפ"ז בכל אופן מותר לקרא לתורה ביום ז' אף אם לא נהג אבלות בשחרית, אך לפמ"ש בספר חסידים ותשו' מהר"ם שהבאתי שם דבכל יום ז' אסור בתשמיש דלענין דברים שבצנעא לא אמרינן מקצת היום ככולו ע"ש היה אסור לקרותו אף כשנהג אבלות דזה נחשב לדבר שבצנעא דמה"ט אין קוראין לאבל בשבת לתורה משום דבשבת דבר שבצנעא נוהג, אך כבר כתבתי שם דרבים חולקים עליהם:

סימן ת"א

א' סעי' ז' מת לו מת קודם פורים אינו מפסיק האבלות.

דין זה הוא נגד דעת ספר המקצועות והשאלתות שמביא הרא"ש בסוף מ"ק והטור בסימן זה דסוברים דפורים הוא כרגל מדכתיב בית יום משתה ושמחה ומבטל השבעה, והראשונים מקשים עליהם למה לא נקט במתניתן פורים עם שאר רגלים שמבטלין השבעה ע"ש ועיין בתשו' תשב"ץ ח"ג סי' רל"ח שכ' דאם חל פורים בשבת מצד שבת יש אבלות בצנעא ומשום פורים מתסר ע"ש מזה מוכח דסובר ג"כ כשאלתות דפורים מבטל ז' לגמרי ואף דבר שבצנעא אינו נוהג ע"ש ויש לי עיון בזה כיון שכתבו דהוה יום משתה ושמחה הלא בא"ח סי' תרצ"ה סעי' ב' מבואר דאם עשה סעודת פורים בלילה לא יצא ידי חובתו וע"ש במג"א סק"א שמפרש דברי הרמ"א שם דבסעודה אחת יוצאין לאפוקי ממ"ד דחייבין לאכול גם בלילה ע"ש אלמא דיום משתה ושמחה לא קאי אלילה כ"א איום פורים ועיין בא"ח סי' תרפ"ז ברים הסימן שם בשם הגה"מ דעיקר קריאת המגילה ביום, לפ"ז יש לחלק בין פורים לרגלים לענין ליל ראשון, ברגלים כאמור ושמחת בחגיך קאי אלילה ג"כ כמו איום מעת התחלת החג ומיד בתחלת הלילה נתבטל האבלות לגמרי אבל בפורים דיום משתה ושמחה דלא קאי אלילה כ"א על היום י"ד בלבד יש לאמר הלילה אינו מבטל עדיין האבלות דעדיין לא התחיל הרגל כ"א מעמוד השחר של יום פורים נתבטל האבלות, ונ"מ ג"כ אם נקבר המת בלילה דעדיין חל האבלות עד שיאיר היום כיון שנהג שעה אחת קודם הרגל כשיאיר היום נתבטל האבלות לגמרי וא"צ להתאבל אחר פורים משא"כ אי גם לילה נחשב כרגל בנקבר ברגל הלא צריכין להתאבל אחר הרגל, לפ"ז י"ל לכן לא כייל התנא במתניתן פורים עם שאר רגלים דלא דמי דבשאר רגלים הלילה כרגל ומבטל משתחשך האבלות משא"כ בפורים הלילה אינה מבטל רק משיאיר היום של פורים, ועיין ברמ"א בא"ח סי' תרצ"ו שכ' שהמחבר סותר עצמו דשם פוסק דאבלות נוהג בפורים וכאן בי"ד פוסק דאינו נוהג, גם ע"ש בעולת שבת שתמה על המחבר שפוסק שם דאונן מותר בבשר ויין בפורים והלא לדידיה נוהג אבלות בפורים ע"ש וקושי' זו לק"מ דעיין בריטב"א במ"ק דף כ"ח שכ' דחייבין להתאבל בפורים אף דפורים הוא עשה דרבים ואבלות רק עשה דיחיד הלא בשביל האבלות אין כבוד פורים מתחלל דיכול לקרא המגילה ולשלוח מנות ולעשות הסעודה וכיון דאפשר לקיים שניהם אין עשה דפורים דוחה לאבלות וקיים גם אני בקטנותי הייתי מבעלי סברא זו דאין אבלות נוהג ועכשיו חוזרני בי דנראה שהוא שיבוש עמ"ה לפ"ז לק"מ דהמחבר פוסק שם דנוהג אבלות כמ' הריטב"א דיכול לקיים כל מצות פורים אף כשמתאבל, משא"כ באונן אם לא יאכל בשר ולא ישתה יין אי אפשר לקיים הסעודה ויום משתה ושמחה לכן מותר שלא לבטל עשה דפורים וכמו שראינו שהריטב"א בתחלה סבר דאין אבלות בפורים ולבסוף חזר ופסק דיש אבלות ככה יש לאמר הב"י בתחלה פסק בי"ד דאין אבלות בפורים ולבסוף חזר כהריטב"א ופסק בא"ח דיש אבלות בפורים, ועיין בא"ח שם סי' תקמ"ז סעי' י"ב דאין לתלוש עשבים בבה"ק בחול המועד כמו שנוהגים לעשות בחול ע"ש אך עיין בתשו' מבי"ט ח"א תשו' ר"כ שמשיג ע"ז ומתיר בהחלט לתלוש עשבים אחר הקבורה בבה"ק:

סימן ת"ב

א' סעי' א' אם בתוך ל' הגיעה השמועה. עיין בש"ך סק"א שמביא בשם הב"ח והדרישה בשם מהרש"ל דהשומע צריך למנות מיום המיתה ולא מיום הקבורה ואם מיום המיתה עברו שלשים יום הוה שמועה רחוקה וא"צ לז' ול' ע"ש וכן הט"ז כאן ס"ק ו' כ' בפשיטות ובהחלטה גמורה דמונין מיום המיתה ע"ש ועיין בדגול מרבבה שכ' בשם אבן העוזר שחולק עליהם

דמונין

דמונין מיום הקבורה והא דכתבו הראשונים הרמב"ן בתה"א והנמ"י והרא"ש במ"ק דף כ' והריטב"א שם ומהר"ם בה' שמחות דשמע שמועה קרובה בשבת ולמוצאי שבת נעשה רחוקה דאפשר שיהי' שבת יום כ"ט ואי מיום הקבורה מונין הא אין קוברין בשבת וא"א שיהי' בשבת כ"ט אע"כ דמונין מיום המיתה, תירץ אבן העוזר וכן בתשו' פני יהושע בי"ד סי' ט' דמיירי בנתיאשו בשבת בגררו היה או בהרוגי מלכות ע"ש ולפי תירוץ זה צריכין לאמר דהשומע נמשך אחרי שאר קרובים שנתיאשו בשבת ומאז ועד עתה הם כ"ט יום והוא שמע בשבת ביום כ"ט, ולדעתי יש להביא ראיות להיפך דאין השומע נמשך אחרי קרוביו כ"א אחרי מיתת המת, הלא לרי"ף ורמב"ן ורא"ש ומהר"ם בהלכות שמחות שחלקו על הגאונים דסברו דשמיעה ביום שלשים הוא שמועה רחוקה והם חולקים וסוברים דהוה שמועה קרובה ע"ש ואי השומע היה נמשך אחרי קרוביו הלא כל קרוביו שהתחילו להתאבל מיד ביום למד עברה האבלות לגמרי ואחר כך החמה ביום למד מותרים בגיהוץ ותספורת ואיך ימצא שאצל השומע יהי' יום למד כתוך ל' וצריך להתאבל אע"כ דהשומע לא נמשך אחרי שאר קרוביו, שנית הלא הרז"ה והרמב"ן ושאר ראשונים ופסקינן כן כאן סעי' ח' סוברים בשמע יוד ימים אחר סוכות כשמת בערב החג הוה שמועה קרובה דאצלו לא עברו עדיין שלשים ע"ש ואף דכל קרוביו שהתחילו להתאבל בערב סוכות אצלם עבר שלשים ביוד ימים אחר סוכות בכל זאת אצל השומע הוה תוך שלשים דהוא לא נמשך אחריהם, לכן ודאי גם בנתיאשו קרוביו לא נמשך אחריהם לפ"ז הראי' שהביאו מכל הראשונים שכתבו דאפשר דיום השבת הוה כ"ט במקומה עומדת דמשם מוכח דמונין מיום המיתה וכיון דעברו שלשים יום מיום המיתה הוה שמועה רחוקה, ועיין בירושלמי במ"ק פ' א"מ הלכה ה' שתירץ על היכא משכחת יום ח' בשבת, ג' תירוצים חדא בשמועה קרובה בשבת או בנתיאשו בשבת, או שנכנס הגולה בליל שבת ע"י נכרים ע"ש ולפמ"ש ב' תירוצים הראשונים לא שייכי הכא כ"א התירוץ שנכנס הגולה ע"י נכרים בשבת ואז אפשר שיהי' כ"ט בשבת, ובכל אופן נראה אם מיום הקבורה הוה יום ל' ומיום המיתה יום ל"א דיש למנות מיום המיתה והוה שמועה רחוקה דיש לן בזה כמה טעמים לצרף חדא הנך גאונים שמביא הרי"ף דסברו דשמיעה ביום שלשים הוה שמועה רחוקה, שנית שיטת מהרי"ט שמביא הד"מ בסי' ש"ל דדי לענין שלשים כ"ט יום ממילא כששמע ביום ל' הוה שמועה רחוקה, ולאיך דבעי ל' יום יש לן כל הנך פוסקים הב"ח והדרישה והמהרש"ל והט"ז דפוסקים דאזלינן אחר יום המיתה אצל שמיעה והוה יום ל"א והוה שמועה רחוקה, ועיין בט"ז סק"ז שכ' מי שהתפלל ערבית ואח"כ שמע שמת לו מת

והוא יום ל' לא אמרינן לקולא דבתפלתו עשאו ללילה והוה יום ל"א דבהלכות מילה סי' רס"ב מבואר דבנולד אחר שהתפללו מעריב ועדיין היה יום נחשב ליום ראשון ה"נ לא מהני תפלת ערבית לקולא רק לחומרא ע"ש ויש לחלק במילה הוה מ"ע דאוריתא למול ביום ח' ולא מהני התפלה שהיא רק מדרבנן, משא"כ כאן דכל אבלות אינו אלא מדרבנן יש לאמר דמהני התפלה אף לקולא דבלא"ה מקילין באבלות ביחיד נגד רבים, גם במילה תלי' הכל בתינוק הנולד ביום ולא במתפללין, אבל כאן תלי' בהשומע כיון שהתפלל ערבית ואצלו לילה הוא הוה אצלו שמועה רחוקה וכיון דבלא"ה להגאונים שמביא הרי"ף די ביום ל' שגם ביום ל' הוה שמועה רחוקה ולמהרי"ט דדי בכ"ט יום הוה ביום ל' שמועה רחוקה יש לסמוך אם השומע ביום ל' כבר התפלל מעריב לפוטרו מאבלות דז' ושלשים ודי בשעה אחת, ועיין בא"ז ה' אבלות שכ' כיון דקי"ל בנפל שמת ביום ל' דהוה כמת ביום כ"ט אי אפשר לפסוק כהגאונים דשמיעה ביום ל' תחשב כאלו הי' ביום ל"א דאז יהיו תרי קולא דסתרי אהדדי ע"ש ויש לחלק כשמת בתוך ל' יש רעותא לפנינו תלינן שהי' נפל אבל בשמיעה ליכא רעותא י"ל דהוה כיום ל"א, ועיין בה' שמחות למהר"ם וברא"ש במ"ק דף כ' שהוכיחו נגד הגאונים דע"כ בשמע בשבת ומ"ש נעשה שמועה רחוקה א"א לפרש דשבת הוה יום כ"ט דאיך אפשר דבמוצאי שבת תהי' שמועה רחוקה הלא במקצת לילה לא אמרינן מקצתו ככולו ובעי מקצת יום דוקא עש"ה. ולפי דבריהם יש להקשות על הרמב"ן בתה"א שהוכיח ג"כ מהך דשמע בשבת נגד הגאונים ע"ש והלא הוא סובר בתה"א שם דמקצת לילה ככל היום וליכא הוכחה משם, ובלא"ה יש להבין דברי הר"ם והרא"ש אף אי הוה אמרינן מקצת לילה ככל היום עדיין קשה למה מיד במוצאי שבת הוה שמועה רחוקה הלא ביציאת שבת עדיין לא עבר אף מקצת לילה, אם לא שנאמר כיון דצריכין להוסיף מחול על הקודש אף אחר צאת הכוכבים האי תוספת של שבת דהוה מלילה הוה ככל היום שלאחריו ולכן במוצאי שבת אחר התוספת הוה שמועה רחוקה, ולפי דברי מהרי"ט שהביאו תוס' במ"ק י"ט ע"ב והד"מ בסי' ש"ל דדי לענין שלשים בכ"ט יום דיום ז' יחשב לז' ולא' ע"ש שפיר י"ל דיום שמיעה בשבת הוה כ"ט ובמ"ש נעשה שמועה רחוקה ולא בכ"ט דבפסחים דף כ"ה אמר רבינא חד מקצת היום ככולו אמרינן תרי מקצת היום ככולו לא אמרינן וכיון דביום ז' אמרינן מקצת היום ככולו שוב ביום כ"ט לא אמרינן מקצת היום ככולו ובעי כל יום כ"ט והוה שמועה קרובה בשבת כ"ט אבל מיד במ"ש בהתחלת יום למד נעשה שמועה רחוקה כיון דדי בכ"ט ימים, ובזה ניחא הירושלמי במ"ק פרק א"מ הלכה ה' שמקשה מעתה אפילו חל יום שלשים שלו להיום

להיות בשבת מגלח בחה"י ע"ש ומאי קושי' הלא למהרי"ט די בכ"ט יום, אך בכ"ט יום בעי כל יום כ"ט ולא אמרינן בכ"ט מקצתו ככולו ואסור לגלח ביום כ"ט ושפיר מקשה:

ב' שם סעי' ז' השומע שמועה קרובה בשבת, ע"ש בט"ז סק"ה שכ' שהטור מביא דברי רבנו יחיאל שהשבת אינו עולה ליום ראשון כ"א מיום א' מתחילין למנות ז' ימים ע"ש וק' לי שהוא נגד ירושלמי מפורש במ"ק פ' א"מ הלכה ה' דמקשה שם היכא משכחת יום ח' לאבלות בשבת ערב הרגל ומתרץ בשמע שמועה קרובה בשבת ע"ש מבואר בהדי' דיום שבת עולה ליום ראשון דאז הוה שבת הבא יום ח' לאבלות אבל לר' יחיאל דיום שבת ראשון לא נמנה כלל כ"א מיום א' הלא עדיין שבת הבא אינו יום ח' כ"א יום ז' לאבלות:

ג' שם סעי' ח', אם ביום יארצייט מת לו קרוב והוא אונן אם יאמר קדיש כיון דאונן פטור מתפלה, נראה לא מבעי אם הוא ביום השבת דליכא אנינות ודאי יאמר קדיש, אלא אף בחול אם יש לו מי שיעסוק בצרכי קבורת המת יוכל לסמוך על רש"י בר"פ מי שמתו בברכות דאונן אף שפטור מתפלה הרשות בידו לברך ולהתפלל דהוה כספק ספקא חדא שמא הלכה כהך טעמא דהירושלמי בברכות שם דמש"ה האונן פטור משום שאין לו מי שיעסוק בצרכי הקבורה וכיון שהוא יש לו יכול להתפלל, ואת"ל כאידך טעמא דירושלמי שם דמש"ה פטור משום כבודו של מת דלמא הלכה כרש"י אף דפטור הרשות ביד האונן להתפלל אם ירצה, וכיון דבקדיש אין לחוש לברכה לבטלה יכול לסמוך על ס"ס כהאי, גם י"ל כיון דעשה דכבוד אב ואם נוהג גם אחר מיתת האבות כמו בחייהם ואמירת קדיש עבודה הוה לכבודם דוחה מ"ע דכבוד אב ואם את כבוד המת של עכשיו לכן יאמר קדיש:

ד' שם סעי' י"ב בהג"ה ואם מת באדר. עיין בתשו' אמ"ו בא"ש תשו' קס"ג שפוסק להלכה ולמעשה לעשות היארצייט באדר שני ולא באדר ראשון כשמת בשנה פשוטה עש"ה ועיין בשיורי כה"ג בסי' זה אות ה' שמביא בשם מהר"י מברונא לעשות היארצייט באדר שני בפרט כשמת אחר פורים ודאי יעשה בא"ש אחר פורים ע"ש ועיין בירושלמי במגילה בפרק א' הלכה ה' בשיורי קרבן שם ד"ה הדא אמרה שהוכיח מהירושלמי שם כפסק המחבר כאן דלא כרמ"א ועיין במראה הפנים על הירושלמי בנדרים בפרק ח' הלכה ו' שכ' שכן הסכימו רוב האחרונים שעתה אדר אדר שני הוא עש"ה ועיין במאירי על מס' נדרים דף ס"ג שכ' שפסקו גדולי המחברים כהרמב"ם כשידע שהשנה מעוברת וכדר על אדר סתם אסור עד אדר שני ע"ש:

סימן ת"ג

א' בענין לקוט עצמות שחייבין להתאבל. עיין בתשו' אמ"ו בא"ש בי"ד תשו' שכ"ג שנשאל בקהלה גדולה שהיה לה בה"ק גדול מאד ומפני חטוטי וביאת מים לשם פינוי העצמות משם והפינוי הי' בתוך ימים רבים כ' שם אמ"ו שהקרובים צריכין להתאבל כל זמן שמפנים העצמות מבה"ק ימים רבים משום שלא ידעו באיזה יום מפנין עצמות קרוביהם ובכל הימים פטורין הקרובים מהמצות ומחליט שם שבשעת ליקוט עצמות פטורים הקרובים מכל המצות כאוננים עד שנקברו העצמות כ"ש מהמלקטים והמשמרים והמוליכים עצמות דפטורים מהמצות כ"ש הקרובים ע"ש ולא זכיתי להבין דברי קדשו, הלא בטור י"ד כאן מפורש דאביו הרא"ש פליג אר"ס וסובר דקודם קבורת עצמות בשעת לקיטה ליכא שום אנינות כ"א מיד חל האבלות ומותר בבשר ויין וכן פסק הרמ"א כאן סעי' א' וכן כ' הש"ך כאן בהדי', והגאון מהר"ם פישלס בבנ"י ח"א בי"ד סי' פ"ט כותב שם היא דהקרובים יצטרכו להתאבל והמלקטים והמשמרים והמוליכים העצמות לקברים אחרים יפטרו ממצות, אבל הקרובים כיון דליכא אנינות אלא קודם הקבורה רק אבלות ודאי חייבים במצות, והא דמלקטים ומשמרים והמוליכים פטורים ממצות הטעם משום דקיי"ל עוסק במצוה פטור ממצות משא"כ הקרובים שאין עוסקים במצות שאין עושין מאומה, דרק בקבורה אחר המיתה דחייבין הקרובים להכין צרכי קבורה ארון ותכריכין וחלילין ומקוננות ומספידים ולמיגז אסא ושאר צרכי המת פטורין ממצות אבל בלקוט עצמות שא"צ לכל זה לא פטרו חז"ל לקרובים ממצות וליכא אנינות אלא רק אבלות, גם רק היכא דאיכא לאו דלא תלין פטרו חז"ל לקרובים מכל מצות שלא יתרשלו בקבורת מתם ויעברו בלאו דלא תלין ולאו דל"ת אינו אלא במת אז שייך לא תלין נבלתו כיון שהבשר קיים נקרא נבלה ויש לחוש לנוול ולסרחון ואז עדיין הוא בכלל אלהים אבל בעצמות דאין לחוש לכל זה ליכא איסור דלא תלין ואין לחוש להתרשלות וליכא אנינות בלקוט עצמות לפטור הקרובים מכל מצות, וגם לענין אבלות למה יתאבלו הקרובים ימים רבים כל זמן שמפנים עצמות מבה"ק גדול מאד הלא קרוביהם שנקברו שם הם מיעוטא דמיעוטא כנגד שאר מתים שנקברים שם לאלפים ובכל יום ויום כשמפנים מבה"ק הלא יוכלו הקרובים לילך אחר הרוב שרוב עצמות שם אינם מקרוביהם ולתלות שהיום לא ילקטו עצמות קרוביהם וכן בכל יום

ויום יכולים לתלות ברוב עד אחר גמר הסיכוי ואז ודאי א"צ להתאבל כמבואר בירושלמי במ"ק דף ח' דרק ביום שמפנים העצמות חייבים להתאבל אבל כששמע למחר שאתמול פנו עצמות אביו א"צ להתאבל וכן מדויק בלשון השו"ע סעי' ה' שמע שהיום לקטו עצמות קרוביו צריכין להתאבל באותו יום משום שאמרו להם בבוקר שהיום מלקטין עצמות קרוביהם אבל בספק כמו בבה"ק הגדול לא, ועיין ברש"י במועד קטן דף ח' ד"ה אפילו לרורין שכ' הרי זה מתאבל כל זמן שלא נקברו משמע מיד כשנקברו פסקה האבלות וא"צ להתאבל אף ביום הקבורה עוד, ומכל הפוסקים נראה דכל היום אף לאחר קבורה צריכים להתאבל, ועיין במ"ק פ"א משנה ה' שתמה שם בתוס' רע"א אכל המשניות על הרע"ב שפירש ב"כ מאיר שמחה היא לו כשרואה אותן שנקברין בקברי אבותיו הלא בגמ' שם אמר אביי אימא מפני שמחת הרגל עליו ע"ש והנה רש"י שם פי' ג"כ במתניתן כרע"ב והוסיף ולא מצטער במועד ע"ש וכנראה מרש"י אלו לא הי' קוברין העצמות בקברי אבותיהם גם לר"מ הצער גדול כל כך שמחת הרגל לא תבטל הצער הגדול ואסור ללקט במועד רק כשקוברין בקברי אבותיו זאת תקטין הצער עד שמחת הרגל גברה ומבטלת לצער הקטן ויש לאמר דזהו ג"כ כונת הרע"ב, וע"ש בתוס' אמ"ו בח"ס בי"ד שכ"ג שכ' בהחלט לר' מאיר כשמלקט במועד עצמות קרוביו שצריך לקרוע אף שאינו מתאבל במועד לר"מ ע"ש ועיין ברמב"ן בתה"א בענין לקוט עצמות שכ' במועד מותר ללקטן ואינו מתאבל עליהן כלל מפני שמחת הרגל עליו, ועיין שם שכ' מתאבל ביום לקוט עצמות בכל הדברים הנוהגין באבל בכפית המטה ועטיפת הראש וקורע ושאר דברים האסורים באבל עש"ה וכיון דהרמב"ן כולל הקריעה בכלל דברים שנוהגין באבל ובתחלה כתב שבמועד אינו מתאבל כלל במה שאמר שאינו מתאבל כלל ממועט אף קריעה וכן מסתבר כיון דלר"מ ליכא שום עצבות במועד איך יקרע הלא שם בסוף התשובה מביא אמ"ו בעצמו דברי תוס' בשבת דף ק"ה שאם קורע שלא בשעת חימום לא יצא דרק בשעת בכיה והספד יצא בקריעה ע"ש ובמועד דליכא שום עצבות לר"מ למה יקרע ומה"ט מתיר ר"מ לכתחלה ללקט עצמות במועד כיון דא"צ אף לקרוע אבל אם היה צריך לקרוע במועד למה התיר לכתחלה דבר שיצטרך לקרוע בגדיו במועד:

ב' שם סעי' א לפיכך אין מלקטין סמוך לחשכה כדי שלא יהי' נראה שלא התאבל על ליקוט עצמות אביו כן הביא הטור בשם הרא"ש ועיין בכ"מ בפ' י"ב מה' אבל שתמה על הרמב"ם שלא הביא הך דינא ותירוצו דחוק מאד, אך מצאתי בברייתא דמס' שמחות בפרק י"ב לפיכך אינו מלקטן אלא עם חשכה והרמב"ן בתה"א כ' לפיכך מלקטין אותן עם חשכה וכן ברוקח סי' ש"ד כ' לפיכך אין מלקטין אלא עם חשכה ועלה טובה קמ"ל לפטור עצמו מאבלות ילקט סמוך לחשכה לכן לא הביא הרמב"ם הך דאין זה דין ודת רק עלה טובה, ויש לתלות בפלוגתא דמהר"ם והרא"ש בפ' א"מ סי' ק"ג ר' מאיר סובר דבליקוט עצמות יש אנינות עד הקבורה והרא"ש חולק עליו דליכא שום אנינות אף קודם קבורה כ"א אבלות כל היום עש"ה לר' מאיר יש ללקט סמוך לחשכה כיון דאיכא אנינות ופטורים מכל המצות צריכין להשתדל שלא לפטור מעול מלכות שמים אף שעה אחת וכשמלקטין סמוך לערב מיד בהתחלת הלילה פסק הכל, אבל הרא"ש לשיטתו דסובר דליכא אנינות בליקוט עצמות כ"א אבלות וחייב בכל המצות ולמה לא יתאבל על עצמות אביו לכן לא ילקט סמוך לחשכה שלא לבטל האבלות, גם יש לתלות ברש"י ותוס' במ"ק דף ח' לרש"י שם שפירש בר' חסדא אפילו לכורין בשדינו דחייב להתאבל אפילו כמה ימים עד שנקברו ע"ש למה לא ילקט סמוך לחשכה הלא בזה אינו מבטל האבלות עדיין צריך להתאבל עד קבורת העצמות, אבל לתוס' שם דפירשו דמשחשכה נפסק האבלות לגמרי יש לאמר כהרא"ש שלא ילקט סמוך לחשכה שלא יבטל האבלות, ויש לאמר דהרא"ש לא קאמר רק בעצמות אבותיו שחייב לכבדן במותן כמו בחייהם אינו ראוי שילקט סמוך לחשכה שיבטל אבלות על אבותיו אבל בעצמות שאר קרובים י"ל דמודה הרא"ש שיוכל ללקט סמוך לחשכה לבטל האבלות, ולדעתי נראה בזה דאף הר"מ דסובר דיש אנינות מדכ' שאסור בבשר ויין למה פרט בהנך הלא אי איכא אנינות פטור מכל המצות דמש"ה פרט לאשמעינן דרק לחומרא החמירו חז"ל לנהוג אנינות לאסר בבשר ויין וכן כ' הכמ"י במ"ק דף ח' דבליקוט עצמות כל אבלות דרבנן לאסור עליו בבשר ויין ע"ש אבל לא להקל לפטור מכל מצות, דרק אחר מיתה אז יש אנינות דאורי' ובדאורייתא אין לחלק בין להקל בין להחמיר, אבל בליקוט עצמות דליכא אלא חומרא דרבנן רק להחמיר יש אנינות ולא להקל לפטור ממצות, ועיין בב"י שמביא בשם כמ"י סוף מ"ק שכ' דלענין קדשים לאסור עליו ע"י אנינות ולא לענין אבלות והב"י תמה עליו כיון דליכא בזמן הזה קדשים למה הביאו הפוסקים דין זה ע"ש ולק"מ הלא אסור ג"כ בבשר ויין דנוהג בזמן הזה, וע"ש עוד בב"י שהק' על הכמ"י מהירושלמי דמבואר שם דקורעין ומתאבלין בליקוט עצמות ע"ש ונראה דזה לשונו של הכמ"י לאו דוקא נעילת הסנדל ושאר דברים הנהוגין באבל אלא מאונן ואסור לאכול מן הקדשים ע"ש כונתו לחלוק על הרא"ש דסובר דליכא אנינות רק אבלות כ"א כמהר"ם דיש אנינות ואסור לאכול בקדשים והיינו שאמר לאו דוקא רק אבלות שאסור בנעילת הסנדל כ"א

גם אנינות איכא ובזה מסולק גם קושי' הראשונה של הב"י על הנמ"י ובזה מובנים גם דברי הנמ"י במ"ק דף ח' שכ' שמחת הרגל עליו לפיכך אינו רשאי להתאבל עליו במועד וקיים שם ההוא אבלות דרבנן היא ואתי רגל ודחי ליה ע"ש דבריו קשים להבין כהי דאינו רשאי להתאבל במועד עכ"פ כיון דליקוט עצמות אבותיו גורם לו צער ואבלות הוא לו למה יתיר ר"מ ללקט עצמות אבותיו במועד לבטל שמחת הרגל וכי ר' יוסי שם אינו מודה דאינו רשאי להתאבל במועד ומה"ט אוסר ללקט במועד משום דגורם לו צער

שנית מה שקיים כיון דאבלות דרבנן אתי רגל ודחי ליה והלא אף אבלות דיום ראשון דהוה דאורייתא דחי רגל ואינו מתאבל כשמת לו מת במועד דעשה דרבים דרגל דחי לעשה דיחיד, ועפמ"ש לעיל דהנמ"י סובר כמהר"ם דמבלעדי אבלות יש אנינות ואף דרגל דוחה האבלות אבל אנינות נוהג ברגל עד הקבורה על זה כ' דרק אנינות דאורי' נוהג ברגל ואין הרגל דוחה אנינות אבל כאן דאינו אלא דרבנן אף אנינות אינו נוהג במועד בליקוט עצמות:

בעזה"י

בעת שגמרתי חידושי על הלכות אבלות נשאלתי מרב אחד ממדינת גאליציען אודות עגונה אחת ומה שהשבתי אעתיק פה.

השאלה היא איש אחד היה מזייף שטרות וכאשר בא זמן הפרעון והלוים טענו שלא חתמו השטרות ונתברר שהוא הי' מזייף וירא לנפשו שיתפסו אותו השופטים ברח מביתו ושלחה הפאליציי (סטעקבריעפע) ולייכו תארו וקומתו שהיה איש ארוך גבה קומה עיניו כמראה התכלת חוטמו ארוך פיו ממולא שערותיו שחורות זקנו גדול ועב שנותיו שלשים שנים שמו ושם עירו ובבעלגראד נתעכב הבורח איזה שבועות באכסני' והפאליציי דשם שראו בו כל האותות שנכתבו בסטעקבריעף הלכו לאכסני' לתפסו וכאשר ראה שבאו לתופסו לקח מכיסו בקבוק סם המות ושתה ומת וכל מה שנכתב שם הי' באותו האיש ועוד זאת אחר שחפשו באמתחתו מצאו פאטאגראפי וכל מי שראה את האיש והצורה של הפאטאגראפי הכיר מיד שהפאטאגראפי כדומה ממש לגמרי לזה שמת, ואחר ג' חדשים שמעה אשתו שבעלה שברח מת בבעלגראד והלכה שמה ומיד כשהראו לה הפאטאגראפי הכירה שזה הוא צורת בעלה וגם בבגדים שהניח המת היה לה במקלט מהם סימן מובהק רק שאותן הבגדים שהי' לבוש בהם בשעת מיתתו לא הכירה רק באותן הבגדים שהיו באמתחתו היה לה סימנים מובהקים, והאשה עדיין רכה בשנים ואין לה בנים ובנות והרבה חשו חז"ל על תקנות עגונות לכן טרחתי ועיינתי עד מקום שידי מגעת ולפי דעתי מלאתי היתר להאשה להסיר מעליה כבלי העיגון וזאת אשר השבתי:

בנידון דידן יש לנו דברים שהם לטובת האשה שיעידו לנו שהאיש המת בבעלגראד היה בעלה אך ישנו גם דברים המתנגדים, דברים שמראים שהמת היה בעלה הם חדא שכל הסימנים שנכתבו בסטעקבריעף על בעלה נמצאו בהמת ממש בלי שום שינוי, וגם מה ששתה כוס התרעלה בעת שראו הפאליציי לתפסו מראה שהוא היה הנרדף, שנית הפאטאגראפי שנמצא אצלו נדמה לגמרי לצורתו עד שכל מי שראה אותו והצורה בפאטאגראפי כולם אמרו מיד שהיא צורת האיש שמת ואשתו מיד כשראתה הפאטאגראפי אמרה שזה היא צורת בעלה ממש. שלישית שנמצאו באמתחתו בגדים שהכירה האשה ע"י סימנים מובהקים שהיו בגדיו שלקח עמו כשברח, אך יש לנו דבר המתנגד שהבגדים שהי' לבוש בהם בשעת מיתתו לא הכירה אשתו וידעה שלא היה לו הבגדים כשברח מביתו, תחלה אני אומר שיש לאמר שירא שיכתבו בגדיו שהי' לבוש בהם בברחו מעירו לכן החליף בגדיו וקנה לו בגדים אחרים ולבשן שלא יתכר ע"י בגדיו ועתה נחקור על הפאטאגראפי שכל מי שראו אותו בחיים וראו הפאטאגראפי כולם אמרו שזהו ממש בלי שום שינוי שבעולם כצורתו ואשתו מיד כשראתה הפאטאגראפי הכירה ואמרה שזהו צורת בעלה, ויש לחקור אי יש לדמות זאת לטביעת עין דאם האשה היתה רואה המת תוך ג' ימים והיתה מכרת אותו בטביעת עין ודאי מהני בלי שום פקפוק וה"נ הלא כולם שראו את המת ואת הפאטאגראפי כולם אמרו בבירור שוים לגמרי בלי שום שינוי שבעולם והאשה אומרת שהפאטאגראפי כדמה לגמרי לצורת בעלה נתברר שהמת היה בעלה, אך יש לאמר בכל מקום שתלינו טביעת עין היינו בגוף הדבר שדנין עליו אם ניכר בט"ע סומכין שזהו הדבר אבל כאן הרואים שראו אותו בבעלגראד לא הכירו

המת

המת בע"ע שהוא בעלה והאשה לא ראתה את המת כ"א הפאטאגראפי' ואמרה שדומה לגמרי לבעלה י"ל דאין זה בכלל ע"ע ורק כסימן מובהק יחשב כיון שכל הרואים שראו המת בחיים ובמות מעידים שצורתו הי' דומה ממש להפאט=טאגראפי' והאשה אמרה שדומה לגמרי לצורת בעלה, ואחד מני אלף שיתדמו ב' אנשים שוים לגמרי בצורתם הפדחת והפרצוף והעינים והחוטם והפה הלא מה"ע מעידין על פרצוף פנים עם החוטם רק שהם רואין את המת ומכירין אותו בט"ע משא"כ כאן וי"ל דהוה כסימן מובהק, והנה בסימן מובהק אמרינן בסוגי' דיבמות ק"כ ובב"מ כ"ז אף אי סימנים דרבנן סמכינן אסימן מובהק מדאורייתא ואף דלית לן קרא על סימנים, בכל זאת סימן מובהק מהני דאף א' מני אלף לא יזדמן כמוהו ואף דר"מ חיים למיעוטא אבל למיעוטא דמיעוטא לא חיים כמבואר ביבמות דף קי"ט וחשבתי לאמר כדמקשינן בב"מ כ"ז לימא כתנאי אין מעידין על השומא ור"א אומר מעידין י"ל דת"ק סובר כר"מ דחיים למיעוט ועיין בתוס' בחולין דף פ"ו ד"ה סמוך בחד תירץ דר"מ חיים למיעוט מה"ת ע"ש וסימנים אמצעים הם כרוב ולר"מ דחיים למיעוט סימנים לאו דאורי' ור"א סובר כרבנן דר"מ דאזלינן בתר רובא לכן סובר סימנים דאורי', ואף לפי תי' בתוס' שם דר"מ לא חיים למיעוט מה"ת כתבו בסמוך מיעוט לחזקה סובר ר"מ דהוה דאורי' ובאשת איש הלא הוה חזקת אשת איש, אך לפ"ז במציאה דליכא חזקה להמוצא גם לר"מ הי' סימנים דאורי' ובגמ' שם לימא כתנאי לא משמע כן כ"א לת"ק אף במציאה סימנים דרבנן ולפמ"ש הנב"י בח"א באה"ע סי' ל"א דיש להמוציא חזקה במה שמוצא ע"ש ניחא אך עיין בתוס' כתובות ע"ו שכ' דאין חזקה להמוציא אבדה, ולדעתי פליגי בזה הרא"ש והנמ"י בב"מ דף כ"ח דהרא"ש שם כ' אם יש עד אחד שמעיד שהמציאה לאחד ואחר מכחישו צריך המכחיש לשבע נגד העד ואם לא ישבע מוציאין המציאה מיד המוצאה ונותנים האבדה לזה שעד אחד מעיד שהוא שלו ואי הי' להמוצא חזקה במציאה איך אפשר להוציא מחזקתו ע"י עד א' משא"כ להנמ"י שם אף אם לא ישבע שכנגדו לא מהני העד אחד להוציא האבדה מיד המוצא משום דסובר הנמ"י כהנב"י דיש להמוצא חזקה במציאה, ועיין בריטב"א בב"מ כ"ז שכ' דסימנים מובהקים נחשבים כעדים וכן כ' הרב המגיד בפי"ג מה' גזלה ה"ג והב"י באה"ע סי' י"ז הוכיח מרש"י ג"כ שסובר דסימן מובהק הוה כעדים, ועיין בטור ח"מ סי' רס"ז שמביא פלוגתא של רמב"ם ורא"ש לרמב"ם אין מחזירין לרמאי בסימן מובהק כ"א בעדים ולרא"ש אף בסימן מובהק מחזירין דלרא"ש סימן מובהק כעדים ולרמב"ם לא הוה כעדים ונראה דאזלי לשיטתם דעיין בריטב"א בדף כ"ז מביא בשם הראב"ד אי סימנים דאורייתא אין חילוק בין סימן אמצעי לסימן מובהק ואם אחד אומר סימן אמצעי וא' סימן מובהק יכיח ורבא דאמר שם דף כ"ח ליתן האבדה למי שנותן סי' מובהק ביותר אזיל אי סימנים דרבנן ע"ש ועיין בה"ה בפי"ג מה' גזלה דהרמב"ם פוסק סימנים דאורי' ומנא לן לאמר דסימנים מובהקים יהיו כעדים אבל הרא"ש דפוסק בב"מ דף כ"ז סימנים דרבנן ולית לן קרא על סימנים ובכל זאת סימן מובהק מהני ע"כ צריך לאמר דסימן מובהק הוה כעדים לכן מהני:

אך עיין בשיטה מקובצת בב"מ שם שמביא בשם הראב"ד אי אמרינן סימנים דרבנן גם סימן מובהק אינו אלא מדרבנן וחכמים עשו תקנתא בגט אבוד דחלוף לא שכיח ובמיתת האיש משום עגונה דייקא ומנסבא ותקינו דלהדר בסימן מובהק ואבדה אפילו בשאינו מובהק עש"ה ובזה מתורצת קושי' תוס' שהקשו למה מהדרינן לא בעדי אוכף ולא מהדרינן בסימן מובהק כיון דאקרא דחמור קיימינן אי אפשר לתרץ כן דמה"ת אף סי' מובהק לא מהני, רק דקשה לי איך אמרינן בגמ' איבעי להוא סי' דאורייתא או דרבנן כ"מ לאהדורי גט אשה כי עשו רבנן תקנתא בממונא אבל באיסורא לא, הלא גם באיסורא עבדו רבנן תקנתא דנהדרי בסימן מובהק, גם קשה למה אמר רבא דת"ק ור"א פליגי בשומא אי שומא הוה סי' מובהק למה לא אמר דבזה גופא פליגי אי נסמוך אסימן מובהק כיון דאינו אלא מדרבנן, ואחר החפוש מצאתי בתשו' מהרשד"ם חלק אה"ע סי' כ"ב שכ' מעצמו כן ולא הזכיר את הראב"ד ומשיג על ה"ה פי"ג מגזלה שנראה מלשונו דסימן מובהק הוה דאורייתא כ"א דאינו אלא מדרבנן ואפ"ה סמכינן עליו באיסורי דאורייתא ע"ש והנה קשה להבין איך חכמים יתירו א"א בסימן מובהק דרבנן, ואמרתי שיש להסביר על פי מה שכ' הראש יוסף בחולין ל"ו על תוס' שם שכתבו שאם אשה נשאת ע"י סימנים וזנתה תחת בעלה אין הורגין אותה והוא תמה ע"ז למה לא הביאו הפוסקים דין זה וחידש שם דבנשאת ע"י סימנים אפקעינהו רבנן להקדושין של בעל ראשון דהא כל המקדש אדעתא דרבנן מקדש ובכל אופן אפילו אם בעלה חי תפסו קדושין של בעל שני ונהרגת ע"ש לפ"ז יש לקיים שיטות הראב"ד דסי' מובהק דרבנן וסמכו עליו משום דאפקעינהו לקדושין מיניה, ובזה הי' מקום לתרץ קושי' אחרונים דמקשים למה אמרינן כ"מ לאהדורי גט אשה ולא אמרינן כ"מ להתיר אשה בנמצא מת בסימנים, די"ל דבמיתה משום עיגון אפקעינהו רבנן לקדושין ואף אי סימנים ל"ד י"ל דסמכו אסימנים להתיר אותה משא"כ בגט דעדיין הבעל קיים ויוכל לכתוב גט אחר למה יפקיעו חז"ל הקדושין ורק אי סימנים דאורייתא מהדרינן גט אשה, אך קשה מר' אשי גיטין כ"ז דאמר בנקב בצד אות פלוני דהוה סי' מובהק מהדרינן גט דמספקא

ליה אי סימנים דאורייתא או דרבנן ע"ש ואי גם סי' מובהק רק מדרבנן אמאי נסמוך בגט, ועפ"י מה שכתבתי יש מקום לתרץ מה שכולם תמהים על סוגי' דב"מ דף כ"ז בתחלה מתרץ הגמ' אב"ע בחוורי וסומקי ולעולם דלא חיישינן לשאלה ואח"כ מקשה בגמ' שם אמאי תני מלאו קשור בכים ובדלוסקמא דמחזירין כיחוש לשאלה הלא לתירץ בתרא לא קשה ולפמ"ש ניחא ודאי חשש שאלה חשש גמור הוא אפילו מדאורייתא דהא מקשינן על קרא דחמור בסימני אוכף אמאי מהדרינן רק בתירץ ב' מתרצינן דבגמלא מת לא חיישינן לשאלה דהקילו משום חשש עיגון והפקיעו הקדושין וזהו רק במיתה אבל בגט עדיין י"ל דחיישינן לשאלה כיון דליכא חשש עיגון ומקשינן אמאי מהדרינן בגט ועל מה שהקשתי מר' אשי יש לאמר על פי מה שמחלק הש"ך בח"מ סי' רל"ז שמחלק שם דבסימן מובהק שאפשר להזדמן לא הוה כעדים אבל אם אין לחוש שיזדמן עוד כחשב כעדים וסימן מובהק כהאי י"ל גם לרא"ב"ד ומהרשד"ס כחשב כעדים והוה דאורייתא ורק בסימן מובהק דאפשר להזדמן דלא כחשב כעדים סוברים דאינו אלא מדרבנן, וניקב בצד אות פלוני הוה סימן מובהק שאין לחוש כלל שיזדמן והוה כעדים ומהני אף בגט ולפ"ז י"ל דנקב בצד תיבה פלונית הוה ג"כ סימן מובהק רק דלא הוה כעדים ואינו אלא דרבנן לרא"ב"ד ומהרשד"ס:

אך בתשו' הריב"ש סי' שע"ע כמלא ההיפוך ממה שכתבתי דעיין שם שאידש דיש במיתת הבעל ב' חזקות חזקת אשת איש וחזקת חי דמוקמינן הבעל בחזקת חי ורובא לא עדיף מב' חזקות ובהא דר"א בגיטין דף ל' בספינה המטורפת הוה רובא למיתה ובכל זאת אם נשאת תלא ובמים שאין להם סוף כשעמדו שם כשיעור עד שתלא נפשו הוה רק מיעוטא דמיעוטא שיחיה ובכל זאת לא תנשא לכתחלה רק אם נשאת לא תלא עס"ה לפ"ז אף בסימן מובהק כימא שלא תנשא לכתחלה דעכ"פ מיעוטא דמיעוטא הוה שיזדמן ואף אם כימא דבסימן מובהק אף מיעוטא דמיעוטא ליכא דהוה כעדים איך אמרי' בב"מ דף כ"ז דאי סימנים דאורי' מתירין לאשה להנשא אף בסימן אמלעי ושם ודאי מיעוטא דמיעוטא עכ"פ איכא, ובאמת תוס' ביבמות דף ל"ו ד"ה הלא פליגי על הריב"ש דכתבו דמש"ה לא תנשא במים שאל"ס משום דהוה מיעוט המלוי והוה רוב גרוע ע"ש ועיין בנב"י ח"א באה"ע סי' מ"ג שמרעיש רעש גדול על הריב"ש ומקשה עליו מגמ' דב"מ דף כ"ז דמקשינן שם מיבמות דף ק"כ הלא י"ל לעולם סימנים כחשבו כרובא ולכן הם ודאורייתא ובמיתה של בעל הלא לא סמכינן ארובא לריב"ש ע"ש ובאמת אף לתוס' קשה מב"מ כ"ז איך אמרינן אי סימנים דאורי' מהדרינן גט בסימנים הלא י"ל דבמציאה ומהני סימן משום דלהמוציא ליכא חזקה באבדה אבל בגט דאיכא חזקת א"א כימא סמוך מיעוטא לחזקה ועיין ברא"ש ורשב"א ובריטב"א ריש חולין דכ' דגם לרבנן דר"מ אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה, וכראה לפי מה שכ' תוס' בב"מ דף כ' דחשש של ב' יב"ש אינו אלא מדרבנן ע"ש י"ל בדרבנן לא אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה ורק בדאורייתא אמרינן מדרבנן כן, אך קשה מאי מקשינן שם ממתניתן דאין מעידין הלא תוס' שם בב"מ כתבו דמים שאל"ס הוה רובא ומדרבנן החמירו באיסור א"א ע"ש ה"נ יש לאמר לעולם סימנים דאורייתא דהוה כרוב ובכל זאת מדרבנן החמירו באיסר אשת איש שלא לסמוך אסימנים ולחוש למיעוטא, וכראה דמה שכתבו תוס' בב"מ יש לתלות בב' תירוצי הגמ' בבכורות דף מ"ו ע"ב לתירץ ראשון שם פדחת לחוד מהני מה"ת בהכרה רק חכמים החמירו באשת איש ובתירץ בתרא שם אמרינן דיכיר לחוד ע"ש ובב"מ י"ל אזלינן לתירץ קמא דפדחת לחוד מהני מה"ת להכיר דהוה כרובא דרוב פעמים ניכר בפדחת לחודא וכיון דאיכא ג"כ סימן דמהני מה"ת הוה כתרי רובא ותרי רובא ודאי מהני כנגד חזקת א"א דביבמות קי"ע אמרינן דאי הוה רובא וחזקה יחדיו הוה מיעוטא דמיעוטא ולא אמרינן סמוך מיעוטא דמיעוטא לחזקה ובתרי רובא י"ל אף מיעוטא דמיעוטא ליכא דרק ברובה וחזקה איכא מיעוטא דמיעוטא אבל בתרי רובא דרובא עדיף מחזקה אף מיעוטא דמיעוטא ליכא ולק' על הריב"ש, וכל קושי' הגמ' ממתניתן דאין מעידין אלא על פרלוף פנים עם החוטם אף שיש סימנים בגופו אמאי לא יהני פרלוף פנים בלא חוטם עם סימנים יחדיו דהוה כתרי רובא כמ"ש וכל זה לתירץ קמא דבכורות מ"ו דפדחת לחוד מהני מה"ת אבל לתירץ בתרא דפדחת לחוד לא מהני לא קשה כלל קושי' הג"מ ולא אסקינן כלל לתירץ הגמ' דחיישינן לשאלה, ויש לאמר לדיכא באמת לא חיישינן לשאלה ומהני הסימנים המובהקים שיש לה לאשה שלפנינו בבגדים שכמלאו באמתחת המת כיון דלא חיישינן לשאלה:

ועוד כראה לתרץ על הריב"ש ואתרץ בזה ג"כ קושי' פני יהושע בב"מ דף כ"ז דאמרינן שם כ"מ לאהדורי גט אשה בסימנים הק' הפי' הלא בב"מ דף כ' ע"ב הקשה כ' עמרם לרבה איך יליף מר איסורא ממונא ואי סימנים דאורי' ילפינן מממלה דאבדה ואיך ילפינן איסורא ממונא ע"ש כראה דתוס' שם בב"מ ד"ה איסורא הקשו הלא ממון חמור מאיסור דבאיסור אזלינן בתר רובא ובממון אין הולכין אחר הרוב ותירלו דבאשת איש החמירו דבמים שאל"ס דרובם למיתה ולא תנשא ע"ש ותירולם קשה להבין דעדיין י"ל דאיסור אשת איש שוה לממון דהא גם בממון לא אזלינן בתר רוב ושפיר יכולין ללמוד ולדמות א"י א"א לממון, שכית להריב"ש דבאשת איש הוה ב' חזקות ורובא לא עדי'

מב'

מב' חזקות מכין לנו דאיסור אשת איש חמור הלא התם הטעם משום דהוה ב' חזקות, ונראה הלא יש להקשות אמאי לא אזלינן בממון בתר רובא הלא בכל מקום רובא וחזקה רובא עדיף ועדיף הרוב מחזקת ממון ולפמ"ש הריב"ש יש לאמר דעיין בב"מ דף ק' דמוקמינן שם בעומדת באגם וע"ז מקשינן וכוקמא בחזקת מרא קמא ע"ש אלמא דאיכא חזקת מרא קמא אף בלא תפיסה דהא עומדת באגם, והתפיסה בעלים יש לאמר הוה חזקה בפני עצמה דאמרינן חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו לפ"ז יש לאמר אם רוצים להוציא ממון ממי שתפש בו יש ב' חזקות חזקת מרא קמא אף אם לא הי' השתא ברשותו, והתפיסה דהשתא מוחזק בממונא הוה חזקה שני' וכיון דלהריב"ש רובא לא עדיף מב' חזקות לכן אין הולכין בממון אחר הרוב, אך היכא דאיכו אלא מיעוטא דמיעוטא מוציאין ממון דהא בב"ב דף ה' אמר כ"ל דמלך חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו מוציאין ממון אף דמיעוטא דמיעוטא פורעין בת"ז כיון דמיעוט ליכא מוציאין ממון לפ"ז להריב"ש מוכח דאי' אשת איש חמור מממון דהא בממון מוציאין בדליכא אלא מיעוטא דמיעוטא ובמים שאל"ם אף דליכא אלא מיעוטא דמיעוטא לפי מה שכ' הריב"ש בכל זאת לא תנשא, ובזה פליג רב ושמואל בב"ב דף כ"א לרב דסובר שם הולכין בממון אחר הרוב סובר דרובא עדיף אף מב' חזקות דלא כריב"ש ושמואל סובר כ"ם ריב"ש לכן סובר דאין הולכין בממון אחר הרוב ויש לתלות פלוגתתם בש' הרא"ם שמביא השיטה מקובלת בב"מ דף ו' על עשירי ודאי ולא עשירי ספק שכ' שם הרא"ם דרובא איכו אלא ספק והתורה גזרה לילך בתר הא לד ספק היכא דאיכא רובא לכן הוה עשירי ספק ע"ם ולכאורה דבריו המה כנגד גמרא מפורשת בבכורות דף י"ט ע"ב דמקשינן שם כיזל בתר רוב מתעברין ויולדות תוך שכתן והאי ודאי מילד ילדה בתוך שכתה ע"ם מבואר דהרוב הוה ודאי דילדה בתוך שכתה, ולדעתי בזה פליג רב ושמואל רב סובר רובא הוה ודאי גמור ועדיף אף מב' חזקות ומוציאין ממון, ושמואל סובר דרובא איכו אלא ספק ולא עדיף מב' חזקות ואין מוציאין ממון מספק ועיין שם בב"ב דף כ"ב דבזה פליגי תנאי אי הולכין בממון אחר הרוב לפ"ז שפיר תירץ הרא"ם בהך מתכיתן דקפץ אחד מן המנוין אתי' כהך תנא דסובר דאין הולכין בממון אחר הרוב דרובא רק ספק הוה והוי עשירי ספק, והמקשן בבכורות י"ט י"ל סובר כרב ורובא ודאי הוה ושפיר מקשה דודאי ילדה בתוך שכתה והשתא מתורלת קושי' פני יהושע דבב"מ כ' מקשה ר' עמרם על רבה דבשבת דף כ"ב מבואר דרבה בכל מילי עבד כרב לבר מתלת ע"ם וכיון דרבה בכל מילי סובר כרב שפיר הקשה עליו איך יליף מר איסורא ממונא שלא בממון אזלינן בתר רוב ובאיסור אשת איש לא אזלינן בתר רוב, מש"כ בב"מ דף כ"ז דאזלה הסוגי' אליבא דהלכתא דקי"ל כשמואל דאין הולכין בממון אחר הרוב יש לאמר כקושי' תוס' בב"ב דף כ' דהלא ממון חמור מאיסור דבממון לא אזלינן בתר רוב ובאיסור אזלינן ובזה יש לתלות אי מהני טענת ברי כנגד רובא, דאי רובא הוה כודאי י"ל דלא עדיף ברי מרובא אבל אי רובא איכו אלא ספק ברי ושמא ברי עדיף, ועיין בפני יהושע בקונטרס אחרון בקדושין סי' פ"ט שהוכיח שם ממה דטבח ישראל נאמן שהבשר כשר אף שיש לו בחנותו רוב בשר טרפה ע"כ דברי עדיף מרובא, ובזה מתרץ הכנ"י בח"א באה"ע סי' כ"א מה שהקשה שם איך אמרינן בחולין דף כ"ו דאי אמרו עדים פלני' דהאי סימנא לא קטלינן ליה אמאי הלא בסנהדרין דף ס"ט אסקינן דהולכין בדיני נפשות בתר רובא ואי סימנים דאוריתא הלא הוה כרובא וניזל בתר רובא ונקטול ותירץ דהתם הייכו טעמא משום שטוען ברי שלא רלח וברי מהני כגד רובא ע"ם ועיין בתשו' אמ"ו בח"ם באה"ע סי' ה' בחלק א' שכתב דבמסקנא דאזלינן בתר רובא דליתא קמן ודאי רובא דליתא קמן עדיפא מרובא דאיתא קמן דבדאיתא קמן המיעוט לפניכו ומהני ברי לברר המיעוט מתוך הרוב אבל ברובא דליתא קמן ליכא לפניכו שום מיעוט ויש לאמר כאן כל מה שכמלא הוא מהרוב ואף ברי לא מהני כגד האי רובא ובטבחים איכא רובא דאיתא קמן לכן מהני ברי של הטבח, ואף דביבמות דף פ"ח אמרינן דאין ע"א כאמן כגד חזקת איסור ויש לאמר כגד רובא דאיתא קמן כאמן דהלא ר"ח כ' דילפינן מפרה אדומה דרובא עדיף מחזקה והתם הוה רובא דליתא קמן אבל ברובא דאיתא קמן יש לאמר דלא עדיף מחזקה כ"א גרע מחזקה ומהני ברי וברובה דליתא קמן יש לאמר דלא מהני ברי ולפמ"ש אמ"ו עדיין קושי' הכנ"י במקומה עומדת הלא התם הוה רובא דליתא קמן ולא מהני ברי, שכית קשה לי על אמ"ו מחולין דף ב' ע"ב דשם כתבו תוס' בד"ה דליתא קמן רוב פעמים איכו יכול להזהר שלא יגע ע"ם ובכל זאת מבואר שם דאם הטמא אומר ברי שלא כגעתי כאמן אלמא דברי מהני אף כגד רובא דליתא קמן, ולדעתי כראה דברי לא עדיף מרובא כ"א שוים הם ואנחנו לא כדע אל מי כפנה אם כפנה אל הרוב או אל הברי והוה אללכו ספק השקול ולכן כשעד אחד אומר ברי כגד חזקה עדיין הוה ספק וספקא לחומרא, ושפיר אמרינן בחולין כ"ו דלא קטלינן אסימנא דכיון דהוא טוען ברי שלא רלח הוה אללכו ספק ומספק לא כוכל להרוג, ולפ"ז לא קשה מחולין ב' דשם הקשו תוס' הלא עזרה הוה רשות הרבים וספק טומאה ברה"ר ספקו טהור ואף אי ליתא קמן כטהר מספק וע"ז תירלו דאיכא רובא דרוב פעמים אי אפשר להזהר שלא יגע ואין כאן ספק לכן מטמאין בדליתא קמן, אבל אי איתא קמן וטוען ברי שלא

כנגעתי אז טענת ברי של הטמא שוה כנגד הרוב ויש לן ספק השקול וכיון דעזרה רשות הרבים ספק טומאה ברה"ר ספקו טהור ומטהרין ובתירץ ב' שם שתירצו דמיירי בבמה והוה רה"י להך תירץ כדו תוס' מתירץ ראשון דהוה רובא כ"א דליכא רובא רק ספק שמא נגע וספק טומאה ברה"י ספקא טמא אבל אם טוען ברי שלא נגעתי ודאי מהכי כיון דליכא רובא:

גם נראה לתרץ קושי' כב"י מחולין צ"ו אמאי לא קטלינן דעיין בתשו' הרא"ש כלל ב' סי' י"ז שתמה על הרמב"ם שפוסק בה' כלאים דב' מינים טמאים לא נאסרו כ"א מדרבנן איך אמרינן בחולין דף ע"ט דמוכח מר"א דסמך בכודניתא על סימנים דסובר סימנים דאורייתא הלא יש לאמר לעולם סובר סימנים דרבנן ובכלאים של ב' טמאים דליכא אלא איסור דרבנן סמך להתיר על סימנים דרבנן ע"ש דפשיטא ליה להרא"ש דבאיסורי דרבנן יוכל לסמוך על סימנים דרבנן ובאמת מליסנא דגמ' בב"מ דף כ"ז לא משמע כן דשם אמרינן אי סימנים דרבנן כי עבד רבנן תקנתא בממונא אבל באיסורא לא עבדי רבנן תקנתא משמע אף באי' דרבנן לא עבדי תקנתא דשם אמרינן דמש"ה תיקנו באבדה להדר בסימנים משום דניחא ליה לבעל אבידה להדר בסימנים ע"ש וזה שייך בממון דתלי' בדעת הבעלים אבל באיסור סימנים כלא נחשבו אף באי' דרבנן וכן נראה מרש"י חולין דף ע"ט שכ' על הא דסימנים דאורייתא דבב"מ כ"ז איבעי לן ומהכא נפשט דסימני' דאורייתא דבממונא יכולים לתקן ולא באיסורא ע"ש ומאי בעי רש"י בזה אלא דרש"י סובר ג"כ כהרמב"ם והיה קשה ליה כקושי' הרא"ש ולכן כ' דאי סימנים דרבנן רק בממונא יכולים לתקן ולא באיסור, ועל הרא"ש קשה לי לפי מה שכ' תוס' בב"מ כ' ע"ב דחשש דב' יב"ם אינו אלא חשש דרבנן איך אמרינן בב"מ כ"ז כ"מ לאהדורי גט אשה בסימנים, הלא אף אי סימנים דרבנן יוכל להדר כיון דכל החשש מב' יב"ם אינו אלא מדרבנן, ור' אשי אמר בגיטין כ"ז בגט דרק בנקב בכל אות פלוני מהדרינן דהוה סי' מובהק דמספקא ליה אי סימנים דאורי' ע"ש ועיין ביבמות דף קט"ו ע"ב ב"ב ת"ח דנפלו למים שאל"ס דהתיר רבי נשיאון ע"פ סימן וכ' תוס' דאי סימנים דרבנן עכל"ל דהיה סימן מובהק ע"ש והלא במים שאל"ס ליכא אלא חומרא דרבנן כמ"ש תוס' בב"מ דף כ' ומהכי גם סימנים דרבנן אע"כ דתוס' לית להו כהרא"ש, וכן לתירץ קמא בבכורות מ"ו דבפלחת לחודא מהכי מן התורה ורק משום חומרא דאשת איש בעינן פרצוף פנים עם החוטם ע"ש איך תנן במתניתן אין מעידין אלא על פרצוף פנים עם החוטם אף שיש סימנים בגופו ובכליו ובב"מ כ"ז אמרינן אי סימנים דרבנן מוקמינן בסימנים גמורים ואמאי לא נסמוך בפלחת לחודא אסימנים דרבנן כיון דפלחת לחודא מספיק מן התורה אע"כ דלא כהרא"ש, ועיין בכנ"י ח"א אה"ע סי' מ"ג שהוכיח כש' הרא"ש דבאיסור דרבנן סמכינן אסימנים דרבנן מדאמרינן בב"מ כ"ז כ"מ לגט אשה מוכח דרק באי' דאורייתא לא סמכינן אסימנים דרבנן אבל באיסר דרבנן סמכינן ע"ש והעלים עינו ממה שכ' תוס' בב"מ כ' דחשש מב' יב"ם אינו אלא משום לעז בעלמא ע"ש ובכל זאת לא סמכינן אסימני' דרבנן, ובזה מתורץ מה דקשה שם דלמא דוקא במליאה דליכא חזקה למולא מהכי סימן ומכ"ל בגט דאיכא חזקת א"א דמהני, אך כיון דאינו אלא לעז בעלמא ודאי לא חמור ממון דשם איכא חשש מדאורייתא שמא האבדה משל אחרים היא, גם דוקא אם יש לנו לחוש איזה חשש ואיזה ספק אז החזקה מבררת, אבל בב' יב"ם כ' תוס' דאין אנו מסופקים ליב"ם אחר רק דשמא יוציא עליה לעז ועל בניה בכה"ג חזקה לא מעלה ולא מורדת, ועיין בתשו' פני יהושע סי' ז' שמביא ראי' להרא"ש מב"מ דף כ"ד שאמר שם ר' אסי מלא חביות בעיר שרוב נכרים אם בא ישראל ונתן סימן בחביות מותר בשתיה להמולא מוכח דסמכינן בא"י סתם ייכם אסימנים דרבנן וכ' שגם מחולין צ"ה יש להוכיח כן בבשר שנתעלם מן העין דר"ה ור"כ ור"ח שאלו אם הי' לו סימן בבשר משמע דסמכינן בדרבנן אסימנים ע"ש ונראה לענ"ד ודאי אי סימנים דרבנן לא סמכינן באיסר דרבנן דרק בממונא עבדו תקנתא אך כיון דאיכא אמוראים דמספקא להוא אי סימנים דאורייתא או דרבנן רבא אמר בב"מ כ"ח את"ל סימנים דאורייתא ור' אסי בגיטין כ"ז מספקא ליה בהא אי סימנים דאורי' או דרבנן גם שאר אמוראים נסתפקו בזה וכמו דמלינו בברירה כיון דפליגי תנאים ואמוראים אי יש ברירה מה"ת או אין ברירה ואנן מספקא לן הלכה כמאן עבדינן הכרעה בדאורייתא אין ברירה דספקא לחומרא ובדרבנן סמכינן לקולא דיש ברירה, ה"נ בסימנים כיון דמספקא לן אי סימנים דאורי' או לא לכן בדאורי' אין סומכין על סימנים ועבדינן לחומרא אבל באי' דרבנן כגון בסתם ייכם או בבשר שנתעלם מן העין סמכינן אהנך דסימנים דאורי' ור' יצחק דאמר בחולין צ"ו דלא קטלינן בסימנים הוא ג"כ דמספקא ליה אי סימנים דאורי' או לא ומספק לא קטלינן ומה שהוכיח דט"ע עדיף מסימנים הלא אי סימנים דאורייתא באמת קטלינן י"ל הוכחתו היא כיון דמספקינן בסימנים אי הם דאורייתא או דרבנן ובט"ע לא מספקינן כ"א פשיטא לן דקטלינן על ט"ע ע"כ משום דט"ע עדיף מסימנים, לפ"ז מתורלת קושי' תוס' שם דלמ"ד סימנים דאורייתא אם אשה נשאת ע"י סימנים וזנתה באמת קטלינן אותה, ומיושב קושי' כב"י דבאמת אי סימנים דאורייתא קטלינן כמו דאזלי' בדיני נפשות בתר רוב, ובזה ניחא לי מה דקשה לי על ר' אסי בב"מ דף כ"ד אמאי ברוב נכרים

אס

אם בא ישראל ונותן סימן שמכירו ומתירין בשתי' הלא אף אי סימנים דאורי' לא עדיף מרוב דאיכא מיעוט שיזדמן שבני דברים שוים בסימניהם ונוקמא ברובא בהדי רובא, אך י"ל דבאמת הוה ספק השקול ובשתם ייכם ספק דרבנן לקולא, אך הא תינח אי סימנים דאורייתא אז הוה הסימן כרוב אבל אי סימנים דרבנן עכל"ל דסימן לא הוה כרוב וכיון דרוב נכרים וסימן ליכא כרוב הי' לן ליזל בתר רוב נכרים ולא הי' לן לסמוך אסימן, אע"כ כמו שכתבתי דר' אסי מספקא ליה אי סימנים דאורייתא או דרבנן ובשתם ייכם סמך אהנך דסברו סימנים דאורי' והוה סימן כרוב כנגד רוב נכרים וספקא להקל, ולפמ"ש אם הי' סימן מובהק בגוף המת ודאי יכולים להתיר האשה, ואם הפאטאגראפֿי נחשב לסימן מובהק האשה מותרת לנשא, רק דע"ז יש לדון אם מה שרבים אומרים שצורת הפאטאגראפֿי דומה ממש לצורת המת והאשה אומרת שצורת הפאטאגראפֿי דומה ממש לצורת בעלה אם נחשב זאת לסימן מובהק או רק לסימן אמצעי כיון דצריכין לזה לרופים, ואי לא נחשב רק לסימן אמצעי יש לנו לצרף הסימן מובהק שיש לאשה במקלת בגדים של המת ולפי שיטת מהר"ל מפראג שמביא הב"ש בסי' י"ז ס"ק ס"א אם יש סימן אמצעי בגוף וסימן מובהק בכליו מהני מש"כ אי סימנים דאורייתא מהני סימן האמצעי שבגוף ואי סימני' דרבנן לא חיישינן לשאלה דאז לא ק' קושי' הגמ' ולא אסקינן כלל לתירץ הגמ' דחיישינן לשאלה ורק אי סימנים דאורי' צריכים לתירץ הגמ', אך ע"ש בב"ש שמשיג אי סימנים דרבנן אז צריכין סימן מובהק ביותר וכיון דיש לחוש בכלים לשאלה ליכא סימן מובהק ביותר ע"ש והנה מלבד שיש לנו ראשונים תוס' ביבמות ק"כ והר"ן והנמ"י שכתבו שבמסקנא דמתרצינן בכלים בחוורא וסומקא לא חיישינן כלל לשאלה וכן מצאתי בתשו' הגאון מו"ה יצחק הלוי אחיו של הט"ז תשו' סי' ע"ז שמחליט דאי סימנים דרבנן לא חיישינן כלל לשאלה ואף אי סימנים דאורייתא קי"ל כהך תירץ דכלים בחוורא וסומקא ולא חיישינן לשאלה ע"ש והגאון בית ש"ש ביבמות פרק ט"ז סי' ו' דהיכא דאיכא סימנים בגופו וסימנים בכליו מצרפין ולא חיישינן לשאלה ע"ש ועוד זאת יש לנו ראשונים שפוסקים סימנים דאורייתא הריטב"א ביבמות דף ק"כ פסק שם להלכתא סימנים דאורייתא וגם פסק שם להלכתא דלא חיישינן לשאלה עש"ה ועיין בהרב המגיד פרק י"ג מה' גזלה שכ' שהרמב"ם פוסק כמ"ד סימנים דאורייתא ועיין בלחם משנה שם שחולק על ה"ה, אך מהרמב"ם פרק ז' מה' נחלה מוכח כהרב המגיד דשם כ' אין משיאין את האשה על סימנים מובהקים ועיין בב"י באה"ע שפירש דברי הרמב"ם שכוונתו על סימנים אמצעים דאי בסימנים מובהקין ממש ודאי משיאין ע"ש ושם כ' דיורדין לנחלה על סימנים כאלו ואי סימנים דרבנן ודאי אין יורדין דהא בב"מ כ"ז אמרינן דלכן תיקנו במציאה משום דניחא ליה לבעל אבדה וטעם זה לא שייך בנחלה, גם כ' הרמב"ם שם דמש"ה אין משיאין שאני אומר שלא החמירו בדברים אלו אלא מפני כרת ע"ש מבואר דרק משום חומרא דרבנן אין משיאין על סימנים כמו שהחמירו בעיר שאל"ם, ובזה מובן מה שמביא ר' ירוחם נתיב כ"ג ח"ג שמביא בשם הרמ"ה כיון דמספקא לן אי סימנים דאורייתא או דרבנן אם נשאת בסימן שאינו מובהק לא תצא מבעלה ע"ש ק' הלא בתרי ותרי מבואר בכתובות כ"ב אם נשאת תצא ומיובת בא"ת משום ספק, אע"כ דהרמ"ה ג"כ סובר כהרמב"ם דהלכה סימנים דאורי' רק שחכמים החמירו והספקו באיסר כרת ואמרו שלא תנשא לכן אם נשאת לא תצא:

ומבלעדי זאת יש לנו תשו' משאת בנימין שמביא הב"ש בסי' י"ז ס"ק ע"ג שאף אי סימנים דרבנן מצטרפין ב' סימנים אמצעים לסימן מובהק ביותר ע"ש שכ' שהח"מ חולק עליו ועיין בתשו' פני יהושע בח"א באה"ע סי' ז' שמביא בשם מהרד"ך שסובר כתשו' מ"ב וגם הוא מסכים עמהם וכ' דאף דבתשו' תה"ד כ' דב' סימנים אין מצטרפין דוקא כהנך סימנים דארוך וגוץ אבל סימנים אמצעים מצטרפין ונחשבו לסימן מובהק ביותר ע"ש ולדעתי נראה דבזה גופא פליגי ב' תירוצי הגמ' בב"מ דף כ"ז דמתרצינן גופו בארוך וגוץ כליו דחיישינן לשאלה ובתירוץ ב' מתרצינן כליו בחוורא וסומקא ע"ש דודאי לפי מאי דמתרצינן הא דתנן במתניתן אעפ"י שיש סימנים בגופו הכונה על ארוך וגוץ ע"כ גם סימנים דכליו ג"כ בסימנים כאלו כחוורא וסומקא דאי אפשר לחלק כיון דנקט חד סימנים אתרווייהו דאל"כ הוה ליה למתנא אעפ"י שיש סימנים בגופו וסימנים בכליו, אך בתירץ ראשון סברינן דמצטרפין סימנים דגופו דארוך וגוץ וסימנים דחוורא וסומקא דכלים דאעפ"י שכל אחד בפני עצמו לא הוה כסימן אמצעי אבל בצירוף יחדיו נחשבו לסימן אמצעי והולרך הגמ' לתרץ כליו דחיישינן לשאלה ואפילו סימן גרוע ליכא בכלים דאיכא שלו, ובתירץ שני מתרצינן לעולם לא חיישינן לשאלה וכלים בחוורא וסומקא כיון דכל אחד בפני עצמו לא נחשב לסימן אמצעי לא מצטרפינן יחדיו, ובזה יש מקום לתרץ מה שהקשה בנב"י ח"ב באה"ע סי' כ"ח ול"ו מחולין דף ע"ט דאמרינן שם מדסמך ר"א על סימנים דכודניתא ע"כ סובר סימנים דאורייתא הלא י"ל דסובר סימנים דרבנן והתם ה"ט דסמך על ב' סימנים יחדיו וכן הקשה מחולין ל"ו דאמר שם ר' יצחק פלגי' דהאי סימנא והאי סימנא קטל כפשא לא קטלינן ליה ואמאי הא ב' סימנים יחדיו הוה כסימן מובהק ביותר ע"ש ועפמ"ש י"ל דתשו' מ"ב ודעימיה סמכו אתירץ ראשון של הגמ' כליו דחיישינן לשאלה משום דבלא"ה

הי' מצטרפין ב' סימנים גרועים לסימן אמצעי וה"ה דמצטרפין ב' סימנים אמצעים לסימן מובהק והך דחולין ע"ט ול"ו שוורים כתיבן ב' של הגמ' דאין מצטרפין ב' סימנים יחדיו, ולדעתי מרש"י חולין צ"ו שם שפי' האי סימנא בגופו והאי סימנא בכליו ע"ש מוכח דסובר כתשו' מ"ב דסימנים מצטרפין לסימן מובהק והי' קשה ליה לרש"י אמאי לא קטלינן לכן מחלק דהאי סימנא בגופו ואידך סימנא בכליו וכיון דבכלים חיישינן לשאלה אין מצטרפין, ועיין בתשו' אמ"ו בח"ס חלק א"ח סי' קפ"ג ובאה"ע סי' כ"ו שמתרץ קושי' כנ"ל מחולין ע"ט דיש לחוש שמא ילך על הדרך כסוס וב' סימנים מאזניו ומזנבו מראים שהוא מחמורה ואז מוקמי' חד סימן כנגד חד סימן ולא נשאר מב' סימנים רק סימן אחד וסימנים דרבנן ע"ש ולא זכיתי להבין דבריו וכי אם ב' עדים מעידין יחדיו ובא עד א' ומכחיש אותם וכי אמרינן דמוקמינן עד א' לגבי ע"א ונשאר מב' עדים רק ע"א וממון ע"א לאו כלום הוא או בדבר שבערוה כי אם אמרינן עד א' כנגד שנים לאו כלום והורגין ומוציאין ממון עפ"י ב' עדים, ה"נ סימן א' דמה"ת לאו כלום הוא כנגד ב' סימנים דמצטרפין לסימן מובהק ביותר דהוה מה"ת כאין יחשב ונשארו ב' סימנים בתקפם ובגבורתם לכל דבר, וע"ש שסיים אמ"ו לפ"ז באתרוג שיש לנו ב' סימנים מבחוץ שאין מורכב אפילו יש סימן בפנים שמראה להיפך שהוא מורכב מוקמינן סימן אחד לבהדי סימן ונשאר עדיין סימן אחד ומותר לאכלו בו ע"ש ולא הבנתי כהי דבשאר ימים דליכא אלא מצוה דרבנן באתרוג ולפי סברת תשו' הרא"ש כלל ב' שהבאתי יש לסמוך בדרבנן אסימנים דרבנן, אבל בי"ט ראשון דהוה אתרוג מה"ת איך אפשר לסמוך אסימן אחד דסימנים דרבנן, ורק לפי מה שכתבתי דסימן א' כנגד ב' סימנים כלא נחשב ונשארו ב' סימנים יחדיו יש לסמוך עליהו, ולדעתי יש לומר דרק בסימנים שנתהוו במקרה והזדמנות בבני אדם ובכלים ובגט שנתהוה נקב בגט במקרה וכדומה יש לחוש כמו שקרה מקרה בזה אפשר שקרה ג"כ באחר וזה הנמצא של אחר הוא ולא שלו, אבל מה שנעשה בטבע כגון בפרדה אותה שאמה סוס יש לה מצד הטבע אזנים קטנות וזנב ארוך וקולה לגיף כאמה וכן באתרוג שאינו מורכב יש לו מצד טבעו בליטות ועוקצו שקועה ותוכו קצר והקליפה עבה סימנים כאלו לא ישתנו לעולם ועליהם יש לסמוך מדאורייתא אף אי שאר סימנים שבמקרה באים הם רק מדרבנן, והא דאמרינן בחולין דף ס"ד סימני ביצים לאו דאורייתא היינו משום דחזינן דבצי עורבים דמי' לבצי יונים ע"ש:

והנה לפי מה שסלקנו כל קושיות על התשו' מ"ב ודעימיה שמצרפין ב' סימנים לסימן מובהק י"ל כיון דיש לאשה סימן מובהק במקצת מלבושיו של מת ואף שהב"ש סי' מ"ז סק"ח משיג על מהר"ל מפראג דאי סימנים דרבנן צריכין לסימן מובהק ביותר וכיון דאפשר בשאלה ליכא בבגדים סימן מובהק ביותר ע"ש עכ"פ לסימן אמצעי נוכל לחשוב הסימן המובהק בבגדים ואז נצרף הסימן האמצעי בבגדים עם הסימן אמצעי ע"י הפאטאגראפי כש' המ"ב, ועוד זאת הלא הפאליליי ע"י הרשימה ששלחה להרבה מקומות מבעלה שברח ונכתב שם בפרטות מצורת פניו כמו שהבאתי בתחלת השאלה כשראו אותו הכירו מיד שזהו הבורח משום שנדמה צורתו לגמרי לצורת הרשימה גם זאת יחשב לסימן אמצעי, וגם לפי מה שכ' הח"ל תשו' ל"ד דאיכא דנמצא במת סימן אמצעי ובכלים סימן מובהק לא חיישינן לשאלה דהוה שאלה דיחיד שכיחא שבעלה השאיל כליו לאיש שסוה לו בסימן עש"ה ה"כ כן הוא שכיחא שהשאיל בעלה בגדיו לאיש שנדמה ממש בכל צורתו וקומתו אליו הוה שאלה דיחיד ולא חיישינן ומהני הסימן מובהק בבגדי המת, וגם לפי מה שמצאתי ברמב"ן בחולין ע"ט ובחידושי ר"ן שם הביאו ג"כ די"ל דמש"ה סימנים לאו דאורייתא במציאה דחיישינן דמחזא חזא או שאמר כשומא באכוצה והוא כמאי וטעם זה שייך ג"כ בגט שאבד השליח דגם שם כתבו הראשונים שיש לחוש שהשליח משקר משום שלא יפסיד שכרו או משום שלא יתרעם עליו המשלח משא"כ במיתה ששני עדים מעידין בסימנים דאין לחוש לשקר ולרמאות סימנים מהני מדאורייתא עש"ה ובזה מיושב קושי' אחרונים שמקשים למה אמרינן בב"מ כ"ז כ"מ בגט ולא אמרינן כ"מ לענין מיתה דעיין ברש"י שפי' כ"מ בגט לאהדורי לשליח שאבד הגט ואומר סימן בגט ע"ש דרק גט ע"י שליח שוה למציאה ולא מיתה ומה שמקשה הגמ' ממתניתן דאין מעידין מכח כ"ש מקשינן מה התם דאין לחוש לרמאות סימנים לאו דאורייתא כ"ש בגט ובמציאה דיש לחוש לרמאות דסימני' ל"ד, ומלבד שכתבתי לעיל להוכיח כה"ה דהרמב"ם פוסק סימנים דאורייתא יש להוכיח עוד מדכתב הרמב"ם בפרק י"ד מה' גזלה ואבדה ה' א' למה פרט הכתוב חמור להחזירו בסימני מרדעת ע"ש והלא בגמ' מקשינן אי סימנים ל"ד איך מחזירין החמור בסימני אוכף מה"ת ומתרצינן בעדי אוכף ע"ש ואיך כ' הרמב"ם דקרא דחמור אתי' להחזיר החמור בסימני מרדעת אע"כ דפוסק סימנים דאורי' ומוקמינן הקרא בסימנים ולא בעדים כמ"ש הרב המגיד ועיין בבב"י ח"א אה"ע סי' ל"ב שהקשה על הרמב"ם דנקט מרדעת ולא אוכף הלא במרדעת יש לחוש לשאלה רק אוכף לא מושלי אינשי מזה הוכיח דהרמב"ם סובר כמהר"ל מפראג דאי סימנים דרבנן לא חיישינן לשאלה והרמב"ם פוסק סימנים דרבנן ע"ש ודבריו תמוהים הלא משם מוכח כה"ה דהרמב"ם פוסק סימנים דאורייתא כמו שהוכחתי, ואודות קושיתו יש לאמר דסובר

כתוס'

כתוש' ביבמות ק"כ דלמסקנא דמוקמינן בחורא וקומקי לא חיישינן לשאלה אף אי סימנים דאורייתא, או לפי המבואר בש"ע א"ח סי' ש"ה דחמור צריך למרדעת לחממו ע"ש יש לאמר מרדעת ודאי לא מושלי איכשא דהחמור צריך לו לחממו כי אם אף אוכף אף שאין בו צורך לחמור בכל זאת לא מושלי משום דמסקב ליה לחמרא, ועוד יש להוכיח דהרמב"ם פוסק סימנים דאורייתא, מדפסק הרמב"ם בפ"ט מה' כלאים ה' ו' לפיכך הרוצה להרכיב ע"ש והלא בחולין ע"ט אמרינן דסמך ר"א אסימנים משום דסובר סימנים דאורייתא, ואין לאמר דהרמב"ם לשיטתו דפוסק דב' מיני טמאים איכו אסור כ"א מדרבנן וכקושי' הרא"ם תשו' כלל ב' סי' י"ז הלא הרמב"ם ה' ו' כתב דאם מרכיבין ב' מיני פרדה אחד משום וא' מחמור לוקה והוא כ' הרוצה להרכיב פרד על פרדה יוכל לסמוך על הסימנים והלא הרכבה הוה אי' דאורי' א"כ דפוסק סימנים דאורייתא, לפ"ז נראה דיש להתיר האשה מצד סימן מובהק בכליו ומצד הפאטאגראפי, ומצד שהשוטרים הכירו אותו ע"י השטעקבריעף שנרשם שם צורת בעלה הבורח מכף רגלו ועד ראשו וראו שנדמה לגמרי בכל דבר קטן ועוד זאת עיין בנב"י ח"א וחלק ב' שמרעיש עולמות בקושי' אחת איך אמרינן דחיישינן לשאלה, הלא זה החשש הוא כנגד החזקה דאמרינן חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו ע"ש ונראה די"ל חזקה זו היא חזקה מחמת רוב דרוב פעמים מה שביד אדם הוא שלו אבל מיעוט פעמים איכו שלו כ"א של אחרים, וגם הא דסימן אמצעי מהכי מדאורייתא איכו אלא מצד רוב דרוב פעמים לא יזדמן שסכי דברים יהיה להם סימן שוה אבל מיעוט פעמים מזדמן כן, ועיין ברשב"א ובריטב"א ביבמות דף קי"ט דב' מיעוטים מצטרפין לפלגא, לפ"ז אם יש סימן אמצעי בכלים יש לן ב' מיעוטים מיעוט שאלה שמא שאל הכלי מאחר, ומיעוט שמא נזדמן שזה הסימן הוא ג"כ בכלי של אחר ולכן חיישינן לשאלה ביש סימן אמצעי בכליו של מת, ושפיר מקשינן חמור בסימן אוכף למה מהדרינן, אבל בדאיכא סימן מובהק בכלים דאף מיעוט ליכא שיזדמן גם בכלי אחר סימן מובהק כזה כמו בנידן דידן שאמרה האשה סימן מובהק ביותר שאמרה שבאותו מקום בבגדי פשתן שלו נרשמים ב' אותיות כשם בעלה ממש ואמרה האותיות מה שהן, וכן נמצא בכל כתונות ובמכנסים ובשנופפטיכל אלו אותיות שאמרה באותו מקום ממש ודאי בכה"ג אף מיעוט ליכא שיזדמן כן ולא נשאר לחוש כ"א חד מיעוט דשאלה והלא מה"ת לא חיישינן למיעוט אף באשת איש ורק מדרבנן חיישינן למיעוט כמו בנים שאין להם סוף דחיישינן משום חומר אשת איש למיעוט, לפ"ז כיון דליכא חשש מה"ת כ"א מדרבנן יכולים לסמוך אסימן אמצעי שבגופו בפרט לפי מה שכ' בתשו' הרא"ם דבדרבנן סמכינן גם אסימנים דרבנן, או כפי מה שהארכתי לעיל כיון דמספקא לן אי סימנים דאורייתא או דרבנן אזלינן בדרבנן לקולא ואמרינן סימנים דאורייתא כמו דאמרינן בברירה דבדרבנן סמכינן ואמרינן יש ברירה ורק בדאיכא חשש דאורייתא אזלינן לחומרא דסימנים רק דרבנן, לכן לדעתי אשה זו יש להתירה לעלמא :

בית משתה

פה אסדר הענינים השייכים ליום הנשואין דיני קדושין ודיני חופה וברכת ארוסין ונשואין ואבאר אי הותרו לנו הפלגשים, ומה היא פלגש אי צריכה קדושין או לא.

א) איסור פנויה אי אסורה מה"ת או לא, בתחלה נחקור האיסור בפנויה ישראלית:

הרמב"ם בפרק א' מה' אישות ה"ד כתב קודם מתן תורה היה אדם פוגע אשה בשוק אם רצה הוא והיא נותן לה שכרה ובועל אותה על אם הדרך והולך וזו היא הנקראת קדשה, משנתנה התורה נאסרה הקדשה שנאמר ולא תהיה קדשה מבנות ישראל, לפיכך כל הבועל אשה לשם זנות בלא קדושין לוקה מה"ת לפי שבעל קדשה, והראב"ד שם בהשגותיו כ' אין קדשה אלא מזומנת והיא המופקרת לכל אדם, אבל המיוחדת עצמה לאיש אחד אין בה לא מלקות ולא איסור לאו והיא הפלגש הכתובה בפסוק ובעלי הלשון דורשים פלגש מלה הפוכה ומורכבת בפי' שגל עומדת לפרקים למשגל ומשמשת את הבית ופעמים למשכב וי"ם שכתוב בהם פלגשים בלי קדושין ע"ש והנה כונת הראב"ד בתחלה כ' דרק המופקרת לכל אדם ומיניה משמע דאם זנתה פ"א במקרה ליכא איסור לאו אבל איסר דרבנן איכא דהא דוד גזר על היחוד ועל הפנוי' כמבואר בסנהדרין כ"א, ואח"כ כ' אפי' כשתבעל פעמים רבות בלא קדושין אם היא מיוחדת לאדם אחד הוה פלגש אין בה לא מלקות ולא איסר לאו מדלא כ' כהרמב"ן דמותרת לגמרי, רק דליכא מלקות ולא איסור לאו משמע דאיסורא איכא, ועיין באה"ע סי' כ"ו שם מביא הרמ"א בשם הראב"ד דפלגש מותרת לגמרי וכן כ' שם הב"ש והאחרונים בשמו ויש כאן סתירה בראב"ד, ונראה ליישב, הלא דב"ה אישות כ' הראב"ד פלגש היא משרתת ועומדת לפרקים למשכב, כיון דהכנסה לבית האדון לשרת שם ולא רק לאישות כ"א לפעמים למשכב ועוד זאת מדרך המשרתית להחליף מזמן לזמן משנה לשנה ועדיין אינה מיוחדת לגמרי לאיש אחד כ"א לזמן ואם תלך משם תבעל לאיש אחר בכה"ג לאו ליכא מצד קדשה כיון דבכל זמן מיוחדת רק לאיש אחד אבל איסורא איכא, משא"כ בפלגש שנלקח רק לאישות ולא לשרת ותשאר תמיד לפלגש אצל אחד בכה"ג מותרת לגמרי וכן היה בפלגשים של אברהם ויעקב ובפלגשים של כלב וגדעון שלקחו רק לאישות לעולם, ובזה יש לתת טעם לרמב"ם בפ"ד מה' מלכים שכ' שפלגשים מותרות למלך ואסורות להדיוט, פלגשי המלך נשארות כל ימי חייהן בבית המלך, משא"כ בהדיוטים שדרכן להחליף מזמן לזמן איכא איסורא גם עיין ביבמות דף ל"ז רב ור"נ כי איקלעו לשכנצוב אמרו מאן הוה ליומא מקשינן שם והא יש לחוש שישא את אחותו ומתרצינן שאני רבנן דפקיע שמיהו ונדע למי הם הבנים והבנות ע"ש לפ"ז במלך וגם ברבנים מאן מלכי רבנן ובגדולים ושרים המפורסמים בעולם ככלב וגדעון וכאבות דפקיע שמיהו ואין לחוש לתקלה שישא את אחותו מותר להם בפלגשים, אבל להדיוטים דלא פקיע שמיהו דיש לחוש לחלוף שהפלגשים יחליפו מקומם וביתם

מזמן

מזמן לזמן ותבא תקלה עי"ז אסורים בפלגשים ועוד זאת יש לאמר דעיין בה"ש בפ"א מאישות שכ' להרמב"ם דביאת זנות בפעם א' הוה לאו הוה פלגש בקדושין בלא כתובה, והעלים עינו מהרמב"ם בפ"ב דנערה בתולה דשם כ' הרמב"ם דרק במוכנת לזנות לכל אדם הוה קדשה והוא בעצמו שם תמה על מה שכ' הרמב"ם בפ"א מאישות דביאה אחת בזנות הוה לאו ותירץ שם דהרמב"ם סמך בפ"א מאישות על מה שכ' בה' נערה בתולה ע"ש לפ"ז י"ל פלגש בלא קדושין דכיון דמיוחדת לאדם אחד כמ"ש הראב"ד פ"א מאישות, ועיין בב"ש אה"ע סי' כ"ו סק"ב בשם תשו' הרמב"ן וכן הביאו האבודרהם בסוף ספרו אי פלגש מותרת לגמרי איך אמרינן כלה בלא ברכה אסורה לבעלה כנדה ותירץ הרמב"ן אם מקדשה ורוצה לזכות בה לכל דבר ושתהי' אסורה לכל אדם אז אמרה התורה שיכניס אותה לחופה ויברך ז' ברכות אבל פלגש א"צ ברכה וקדושין ע"ש מבואר ברמב"ן דפלגש בלא קדושין מותרת לגמרי אבל מי שמקדש כמו שאוסרה לכל העולם גם לדידי' אסורה בלא חופה וברכה אך לישנא דרמב"ן אינו מדויק דכ' דאמרה התורה שיכניס לחופה ויברך ז' ברכות מן התורה ארוסה מותרת בביאה כמ"ש ה"ה פי' מאישות וכל הראשונים וז' ברכות ודאי אינם מה"ת, ועיין בשיטה מקובצת בכתובות ז' ע"ב שמביא בשם רש"י ובשם הרבה ראשונים דעי' שגזר דוד על הפנויה תשאר הגזרה גם אחר הקדושין עד אחר החופה וז' ברכות ע"ש לפ"ז יש לאמר הרמב"ם סובר שההדיוט צריך לקדש הפלגש שדרך פלגשי ההדיוט להחליף מקומם מזה לזה ועדיין אינה מיוחדת לגמרי לאיש אחד וע"י קדושין נאסרה לכל העולם ומיוחדת לתשמיש להמקדש וכיון שיקדש אותה אסורה לו בלא חופה וברכה, אבל המלך שאף אם לא יקדש אותה תשאר מיוחדת רק לו לבדו דאסור להדיוט לשמש בפלגש של מלך דאף סוסו ובגדיו אסורים להדיוט וכיון שא"צ לקדש אותה מותרת לו, לפ"ז קושי' הרמב"ן שהקשה מפלגשי האבות ומפלגש של כלב וגדעון מתורצים דכל הני היו קודם דוד המלך ואז ארוסה אחר הקדושין היתה מותרת לביאה אבל מדוד ואילך אסורה הפלגש להדיוט דהוה בלי חופה וברכה, ובזה מתורץ סתירת הראב"ד שהקשתי הראב"ד מתיר פלגש בלי קדושין לביאה, אבל בפ"א מאישות מביא לבסוף י"ש שכתוב בהם פלגשים בלא קדושין משמע דבתחלת דבריו קאי אפלגש בקדושין ואז אסורה לו מצד גזרת דוד ורק לאו ליכא, אך הוא סובר כרמב"ן וכהרא"ש בפ"ק דכתובות סי' י"ב דפלגש הוה בלי קדושין ומותרת לביאה לכל אדם, ולפמ"ש ליכא בהדיוט בפלגש רק אי' דרבנן, אך עיין בכ"מ בפ"ד מה' מלכים ה"ד שכ' שם בסוף דבריו ומאחר שרבנו סובר שהבא על הפנויה שלא לשם קדושין לוקה א"כ הדיוט אסור בפלגש ע"ש ולפי דבריו יש בהדיוט בפלגש אי' לאו ולוקין, וקשה איך יהי' מותר למלך לעבור בלאו, גם הלא בפ"ב דנערה בתולה כ' הרמב"ם רק בשמוכנת לזנות לכל אדם איכא לאו אבל במיוחדת כמו פלגש ליכא, וע"ש בהשגות הראב"ד שמשיג שם על הרמב"ם דאף בכה"ג ליכא משום לא תהיה קדשה כ"א ביושבת בקובה של זונות או בעירים על הדרך, ובפרק א' מה' אישות ה"ד כ' הראב"ד אין קדשה אלא במזומנת ומפוקרת לכל אדם וזהו כמ"ש הרמב"ם בפ"ב מנערה, ובאמת י"ל שניהם צדקו יחדיו דקדשה לא נקראת רק ביושבת במקום פרהסי' או על הדרך או בקובה של זונות, אבל הלאו דלא תחלל את בתך להזנותה יש במוכנת לזנות לכל אדם אף אם זנתה במסתרים דיש לחוש שתזנה הארץ שאח ישא אחותו כמ"ש הרמב"ם ועיין ברמב"ם פ"ב מה' נערה שכ' דביאת זנות במקרה אם אינה מוכנת לזנות ליכא לאו ומלקות דא"כ היך אמרה תורה באונס ומפתה שחייב קנס הלא אין לוקין ומשלמין ע"ש, ויש להקשות לר"א דאמר פנוי הבא על הפנויה עשאה זונה בפעם א' ועכצ"ל לר"א דסובר דגם ביאה אחת בזנות הוה בלאו דבלא"ה איך תעשה זונה ע"י הביאה וקשה עליו מקרא איך חייבתה התורה קנס לאונס ומפתה, ונראה דר"א יש לאמר דסובר דלוקין ומשלמין כר' מאיר בכתובות דף ל"ד ורק לדידן דקי"ל דאין לוקין ומשלמין מוכח מקרא דביאה אחת בזנות ליכא בא"י לאו, ועיין בתשו' ריב"ש סי' קל"ד שכ' דאף לר"א דוקא לשם זנות אבל לשם אישות אף שאין האישות מתקיים כיון שלכוונת אישות בא עליה לא עשאה זונה ע"ש לפ"ז בפלגש המיוחדת לאדם לאישות לא עשאה זונה ולרמב"ן ודעימי' דפלגש הוה בלא קדושין ובלא כתובה אם מת הבעל לא הוה אלמנה ולכן הוצרכה התורה לאמר בכה"ג כ"א בתולה מעמיו יקח ולא בעולה דלר"א קשה ממ"נ אי הוה נשואה הא אסורה בלאו דאלמנה ואי הוה פנויה הלא אסורה לכה"ג מצד זונה אך בכה"ג בפלגש לא הוה זונה ולא אלמנה כ"א נאסרה מצד בעולה, אך בלא"ה ל"ק קושי' הנ"ל לר"א דלר"א י"ל רק בסוף ביאה עשאה זונה ולא בהערא', ובעולה הוה ע"י הערא' כמבואר בקדושין י' וצריכין בתולה מעמיו אם פנוי בא על הפנוי' רק בהערא' דזונה לא הוה ובעולה הוה, גם צריכין לאסור בוגרת לכה"ג דרק קטנה או נערה מותרת לכה"ג, ועיין ברמב"ן על התורה בפ' תצא שהשיג על רש"י שפי' לא תהיה קדשה מופקרת מקודשת ומזומנת לזנות והקשה הרמב"ן א"כ אין הפנויה הנבעלת במקרה ובהצנע מחייבי הלאוין ע"ש ומאי קושי' הלא באמת כן הוא דהנבעלת במקרה ובהצנע ליכא לאו כמבואר ברמב"ם בפ"ב דנערה שהוכיח כן מקרא דמפתה חייב קנס והלא אין לוקין ומשלמין, וע"ש שתמה ג"כ על רש"י שפי' לא יהי' קדש מזומן למשכב

זכר והלא בנבעל פ"א יש בו כרת, ולק"מ נהי דחייב בפ"א אבל לא נקרא בעבור זה קדש או קדשה רק במזומן לכך כמו שלא נקרא מי שכותב פעם א' סופר או רוקם כשרוקם פ"א רק מי שרגיל בפעולה זו נקרא כן, וע"ש ברשב"ם שכ' קדשה זונה פנויה מנאפת, מה שכ' זונה אינה מדוקדק הלא אף אם מפקרת עצמה לפנוים שאינן אסורים עליה בלאו לא נעשה זונה דלא קי"ל כר"א. והוא מפרש קדש בא על פנויות בלא כתובה וקדושין ולא מיוחדת לו כפלגשים. הנה לפי מה שכתבנו דביאת פנוי' במקרה ליכא לאו אם בא על הרבה פנויות ובועל כל אחת פעם א' במקרה למה יהי' קדש כיון דלא עבד בכל בעילותיו איסור דאוריתא, רק כשבא על מופקרת לזנות דהוה ביאת איסור בלאו אז הוי שיקרא קדש, ומסוף דבריו מוכח דחולק על אבי זקנו רש"י דרש"י בפ' חיי שרה על ולבני פלגשים כ' פלגש בקדושין בלא כתובה ע"ש והוא כ' בלא כתובה וקדושין אם מיוחדת לו לפלגש מותרת וזהו כרמב"ן שם שחולק על רש"י דפלגש בלא קדושין ובלא כתובה כיון דמיוחדת לו מותרת:

ב) ביאת פנויה נכרית אם אסורה מדאוריתא או לא:

הרמב"ם בפי"ב מה' איסורי ביאה ה' א' כ' ישראל שבעל עכום דרך אישות או ישראלית שנבעלה לעכום דרך אישות הרי אלו לוקין מה"ת שנאמר לא תתחתן בם, א' ז' עממין ואחד כל אומות באיסור זה, וע"ש בה"ה שהרמב"ם פוסק כר"ש בקדושין ס"ח דדרש טעמא דקרא, ועיין בטור אה"ע סי' ט"ז שחולק על הרמב"ם ופוסק כת"ק דר"ש דהלאו דלא תתחתן לא קאי אלא על ז' עממין ובשאר אומות ליכא לאו אף דרך אישות, ועיין ברמב"ם ה"ב שם בלא אישות כ"א בזנות אינו אלא איסור מדברי סופרים גזרה שמא יבא להתחתן, ואם יחדה לזנות חייב מדרבנן בד' דברים כשג"ז, ואם לא בא עליה אלא דרך מקרה אינו אלא משום עכום וע"ש בה"ה שכ' שהרמב"ם גרס בע"ז ל"ו ע"ב בתירוץ הגמ' החשמונאים גזרו כשיחדה לזנות בד' דברים והלל ושמאי גזרו בלא יחדה לזנות, ודבריו תמוהים לכאורה דשם מקשינן ע"ז יחוד בית דינו של דוד גזרו ומאי קושי' דוד גזר שלא יתיחד בסתר בפנויה, והחשמונאים גזרו כשמיחדה לעצמו לזנות, עד שמצאתי בביאור הגאון לאו"ו על אה"ע סי' ט"ז סק"ג שכ' ול"ל דגרס נמי אי נמי כי גזרו אביאה אבל על יחוד לא גזרו ע"ש ולפ"ז שפיר מקשינן שם על תירץ שני הלא על יחוד דוד גזר, אך לפ"ז לתירץ שני אין חילק בין יחדה לזנות או שבועל במקרה ולמה פוסק הרמב"ם כתירץ ראשון הלא בכל מקום תירץ שני הוא העיקר בפרט שהתם גמרא שקיל וטרי שם הרבה על תירץ שני, והנה עיין ברמב"ם פ"ב מנערה בתולה שמחלק שם הרמב"ם בפנוי' ישראלית במזנה במקרה ליכא א"י דאוריתא ורק במפקרת עצמה לכל אדם הוה קדשה ועוברין בלאו, וזהו בפנויה ישראלית, אבל בנכרית עיין בספרי פ' תצא סי' ר"ם לא תהי' קדשה מבנות ישראל אין אתה מוזהר עליה באומות שאם נכרית מפקרת עצמה לכל אדם אין עוברין בלאו דלא תהי' קדשה ואף במפקרת ליכא ה"י דאוריתא והטעם דע"ש ברמב"ם פ"ב מנערה שכ' דבמופקרת לכל אדם יש לחוש שישא אב את בתו ואח את אחותו ע"ש וכל זה בבת ישראל אבל בנכרית אין לנו לחוש שישא אח את אחותו או אב את בתו דולדות של נכרית הן נכרים כמותה, ועתה בזמננו כמעט בכל המדינות רשאים ישראלים לקחת נכריות לנשים הנשואין נגמרו אצל שופט או שר העיר נקראת (ליווילעהע), לרמב"ם עוברין בלאו דאוריתא דלא תתחתן דהוה בכל אומות, אך להטור אה"ע סי' ט"ז שהבאתי לעיל ליכא לאו בשאר אומות כ"א בז' עממין והוה יחדה לזנות ועוברין בכל ביאה מד"ס בד' דברים כשג"ז וכן בנים ובנות שתלד לו אינם בניו ובנותיו כ"א בניה ובנותיה נכרים גמורים, ואם ישראל נושא שפחה כנענית כ' הרמב"ם שם בהלכה י"ד דאינו לוקה מה"ת שכיון שטבלה וקיבלה המצות יצתה מכלל עכום, אך התרגום אונקלום בפ' תצא מתרגם על קרא דלא תהיה קדשה ולא יהי' קדש שלא ישב ישראל שפחה כנענית ולא תסב ישראלית עבד ע"ש וע"ש ברש"י שסובר ג"כ כתרגום וכן הרמב"ן שם, והרמב"ם בפי"ב מה' א"ב ה' י"א מדחה אותו דהא מפורש בתורה שהאדון נותן שפחה כנענית לעבד עברי, ונראה בזה דעיין בקדושין דף ע"ו דפליגי שם ת"ק ור' אליעזר לת"ק רק במכרוהו ב"ד מוסר לו רבו שפחה כנענית אבל במוכר עצמו לא ור"א סובר אף במוכר עצמו ע"ש וי"ל דבזה פליגי הת"ק סובר כתרגום אונקלום דשפחה לישראל הוה בא' לאו דלא תהי' קדשה לכן נמעט מאם אדוניו יתן לו מוכר עצמו דכל מה דאפשר למעט בהיתר שפחה לעבד עברי ממעטין ורק במכרו ב"ד הוא לגמרי ברשות אדון, ור"א סובר כמ"ש הרמב"ם דליכא איסור דאוריתא בשפחה לישראל לכן סובר דבכל אופן יכול האדון למסור שפחה אף במוכר מעצמו, ועיין בתוס' שם ד"ה ואידך שכ' בשם ר"ת דהלכה כת"ק וכן סובר התרגום אונקלום, אך לפ"ז היה קשה איך פוסק הרמב"ם בפ"ג מה' עבדים ה"א כת"ק הלא הוא חולק בפי"ב מהלכות א"ב על התרגום, אך להריטב"א שם בקדושין ליתא למה שכתבתי דע"ש שכ' דרק שאין רבו יכול לכוף למוכר עצמו שישא שפחה אבל מרצונו יכול לישא שפחה ופליג על הרמב"ם דכ' בפ"ג מה' עבדים דבמוכר עצמו אסור בשפחה ולפי

דברי

דברי דת"ק סובר כתרגום ודאי אסור מרלונו, וע"ש בשריטב"א שהוכיח כן מדלריכין קרא למעט שמוכר עלמו אינו נרלע והלא בלא"ה כלע דהא אינו יכול לאמר אהבתי את אשתי ע"ש והרמב"ם דלית ליה כהריטב"א י"ל דסובר כמו שכתבו התוס' בקדושין י"ד סוף ע"ב ד"ה ולא אזנו שהקשו קושי' הריטב"א ותירלו דבלא קרא למעט סד"א לילף מגז"ש דשכיר שכיר דנרלע אף דלא יכול לאמר אהבתי ע"ש ומוכח מתוס' דסוברים דלא כריטב"א כ"א כרמב"ם דמוכר עלמו בכל אופן אסור בשפחה, אך על תירץ תוס' קשה לי מקדושין כ"א ע"ב דמקשה ר"כ על שמואל דאוסר בעבד כהן בשפחה למה לן הטעם דלא נרלע משום בעל מום תיפק ליה דלא יכול לאמר אהבתי את אשתי ע"ש ומאי קושי' דבלאו טעמא דבעל מום הוה ילפינן בגז"ש דשכיר שכיר דנרלע אף בא"י לאמר אהבתי את אשתי, ובדברי ריטב"א שכ' בקדושין דף כ' ג"כ לחלק דבאין לו אשה אין האדון יכול לכופו שישא שפחה כנענית אבל כשירלה העבד יוכל לתנו לו שפחה ע"ש מיושבים לי דברי הרמב"ם בפ' משפטים שם שכ' שאם נכנס בגפו ואדוניו נותן לו שפחה אז ילא בגפו שהשפחה ובניה הם לאדוניה ע"ש והוא תמוה לכאורה הלא חז"ל אמרו בקדושין כ' באם אין לו אשה ובנים אין האדון מוסר לו שפחה אך הרמב"ם סובר כשריטב"א דרק לכופו אינו יכול אבל מרלון העבד יכול למסור לו שפחה, וילא בגפו, ואני מסופק אם יש לו לעבד עברי פלגש ובנים אי נחשבת כאלו יש לו אשה ובנים, והנה להרב המגיד בפ"א מאישות ולרש"י בפ' חיי שרה על קרא ולבני פלגשים דפלגש הוה בקדושין בלא כתובה ודאי הדעת מכרעת שתחשב לו לאשה ויכול האדון למסור לו שפחה כנענית אך לדעת הרמב"ן שם ולראב"ד ודעימיה דסוברים דפלגש בלא קדושין ובלא כתובה רק שמיוחדת לו לתשמיש יש לעיין, והנה להרמב"ם דכ' בפ"ד מה' מלכים ה"ד דפלגש אסורה להדיוט ע"ש הלא במכילתא בפ' משפטים הביאה הרמב"ן שם איתא באלמנה לכה"ג ת"ל וילאה אשתו עמו מי שראוי להתקיים עמו ע"ש וכיון דפלגש אסורה להתקיים לא נחשבת כאשתו, אך לרמב"ן דמותרת לגמרי להדיוט יש לעיין בפרט לפמ"ש הרמב"ן בפ' משפטים שם שאף שאין הבעל חייב במזונות אשתו ובניו מה"ת כיון שדרך כל הארץ לפרנס אשתו ובניו לוה ה' ברחמיו שהקונה חייב לפרנסן ע"ש והלא גם בפלגש הדרך לפרנס אותה ובניה, ועיין בתרגום שם אם בגפו יצא אם בלחודוהי ייעול וע"ש ברש"י שכ' בגפו בכנפו שלא בא אלא כמות שהוא יחידי ע"ש ובזה לו פלגש ובנים לא בא יחידי, וגם לר' שמעון דדרש טעמא דקרא למה אמרה התורה שלריך להביא אשה ובנים להאדון משום דאם מקיים פ"ור באשתו אז יוכל האדון ליתן לו גם שפחה לתשמיש, משא"כ כשלא קיים מ"ע דפו"ר אין האדון יכול ליתן לו שפחה כנענית שיתן לזרים חילו דאין זרעה מיוחס אחריו רק אחריה והם עבדים ואינו מקיים פו"ר עמה, ובפלגש מקיים פו"ר כמבואר ברא"ש פ"ק דכתובות סי' י"ב לכן י"ל דדי בפלגש ובנים למסור לו שפחה:

ג) פלגש שנמצאת בתנ"ך מאי היא אם בקדושין או בלא קדושין, אם מותרת או אסורה:

רש"י בפ' חיי שרה על קרא ולבני פלגשים כתן מתנות כ' פלגש הוה בקדושין ובלא כתובה, וע"ש באבן עזרא שכ' פירוש פלגש שפחה, וע"כ לית ליה כרש"י דפלגש הוה בקדושין דהא בשפחה לא תפסו הקדושין כ"א כמ"ש הרמב"ן שם דפלגש בלא קדושין ובלא כתובה והכ"מ פ"א מאישות הביא הרמב"ן בתשובה בארוך וכן האבודרהם בסוף ספרו, והראב"ד פ"א דאישות כ' ג"כ כהרמב"ן דפלגש הוה המיוחדת לאיש לתשמיש, וכן כ' הרמב"ם בפ"ד מה' מלכים ה"ד דפלגש הוה בלא קדושין ובלא כתובה כהרמב"ן רק שבזה חולק עליו שכ' שפלגש אסורה להדיוט ולרמב"ן מותרת לגמרי, ועיין ברא"ש פרק קמא דכתובות סי' י"ב שכ' דמש"ה אין מברכין ולוקו לקדש אשה דכל המלוה רק משום פ"ור והלא יוכל לקיים פו"ר בפלגש בלא קדושין ואין כאן מלוה לקדש ע"ש מבואר דפלגש בלא קדושין ומותרת לגמרי לקיים פו"ר ועיין באלי' מזרחי פ' חיי שרה שם שכ' דפלגש אינה לפרי' ורבי' כ"א לשכיבה בעלמא ע"ש ומהרא"ם מבואר דפלגש לפו"ר, ולרא"מ יש לתת טעם על הרמב"ם בפ"ד ממלכים ה"ד דמתיר פלגש למלך ואוסר להדיוט דהדיוט לא ימשוך אחרי תענוגים ואחרי מותרות, ורק המלך יהי' לו אשה לתענוג ושכיבה בעלמא גם י"ל כשנושאין אשה לפו"ר הוה דרך אישות לכן מותר, אבל לשכיבה בעלמא ולא לפרות ולרבות הוה דרך זנות כדכתיב הזנו ולא יפרולו המזנה כולה רק למלאות תאותו וכן האשה הופכת אחר התשמיש שלא תתעבר לכן בפלגש רק לשכיבה אסור, ובזה אפשר לתרץ קושי' הרמב"ן על הרמב"ם שמביא הכ"מ בפ"א מאישות שהקשה על הרמב"ם שאוסר פלגש להדיוט הלא אבותינו אברהם ויעקב נשאו פלגשים ומלינו בכלב שהי' לו בני פלגשים וכן בגדעון שופט ישראל שהיה לו בני פלגשים ע"ש תחלה כבאר דברי הרא"מ איך אפשר לאמר שנושא פלגש לשכיבה ולא לפ"ור הלא בועל אותה וממילא תתעבר, וי"ל כוכתו שמשקין אותה כוס של עיקרין כמבואר באה"ע סי' ה' סעי' י"ב דמותר להשקות לאשה כוס של עיקרין שלא תלד, אך עדיין קשה לר' יוחנן ב"ב בשבת קי"א

דסובר

דסובר דאשה מלווה על פו"ר ואסור להשקותה מה"ת כמו לאיש ע"ש אך עיין ברא"מ שם שכ' לרשב"ג דסובר דכתובה דאוריתא יש לאמר פלגש בקדושין בלא כתובה, ולרבנן דסוברים דכתובה רק מדרבנן ל"ל דפלגש רק לשכיבה ולא לפו"ר ע"ש לפ"ז י"ל ריב"ב סובר כרשב"ג דכתובה דאוריתא ופלגש בקדושין בלא כתובה, ולדידן דלית לן כריב"ב וסברינן כתובה דרבנן הוה פלגש רק לשכיבה דמשקין אותה כוס של עיקרין והנה גם זאת יש להקשות על רא"מ הלא חזינן דאברהם ויעקב וכלב וגדעון היו להם בני פלגשים ואיך אמר דפלגש רק לשכיבה, אך ע"ש ברא"מ שמקשה על עצמו מבראשית רבה על קרא ותתן אותה לאברם לאשה, לאשה ולא לפלגש הלא פלגש ג"כ בקדושין ויש בה אישות, ותירץ דכונת המדרש שנתנה לו לשם פו"ר ולא רק לשכיבה דסתם פלגש רק לשכיבה והיינו לא לפלגש ע"ש לפ"ז י"ל האבות וכלב וגדעון ילאו מהכלל ונשאו נשים פלגשים לפרי' ורבי' והיו להם בנים מהן אבל סתם פלגשים רק לשכיבה דמשקין אותן כוס של עיקרין, לפ"ז יש לתרץ קושי' הרמב"ן דהרמב"ם אוסר סתם פלגשים שנושאים רק לשכיבה דהוה כעין זנות להדיוט, אבל מי שיולא מן הכלל ונושא פלגשים לפו"ר כאבות וכלב וגדעון שהולידו עמהן בנים באמת מותר גם להרמב"ם:

ובזה מובן ג"כ פלוגתא של הרמב"ם והרא"ם, הרמב"ם בפ"א מאישות כ' דאיכא מלות עשה לקדש אשה, והרא"ם בפ"ק דכתובות סי' י"ב סובר דליכא עשה בקדושין דיכול לקיים פו"ר בפלגש, הרמב"ם דאוסר פלגש להדיוט הוה בקדושין מ"ע דאיכו יכול לישא פלגש, אבל הרא"ם סובר דפלגש מותרת כהרמב"ן והראב"ד לכן כ' דליכא עשה בקדושין, ועיין ברש"י פ' קדושים על קרא אל תחלל את בתך להזנותה שכ' במוסר את בתו פנויה לביאה שלא לשם קדושין ע"ש והיינו כשיטתו אף שמוסר את בתו לאיש מיוחד לפלגש כיון שמסרה בלא קדושין עובר בלאו, וע"ש בפי' רשב"ם שכ' קדש בא על פנויות בלא כתובה וקדושין ולא מיוחדות לו כפלגשים ע"ש מבואר דחולק על אבי זקנו רש"י וסובר כרמב"ן דאם מיוחדת לו לפלגש בלא כתובה וקדושין ליכא איסור, ועיין ברש"י בשופטים י"ט שפי' שזנתה הפלגש היינו שילאה מביתו לבית אביה ע"ש אזל לשיטתו דאלו זנתה ממש היתה אסורה לבעלה דהא הוה אשתו שקדשה אותה, וגם הרלב"ג שם כ' שהזנות היתה שעזבה אותו דאלו זנתה ממש היתה אסורה ע"כ דסובר כרש"י דפלגש בקדושין, אך הרד"ק שם כ' שזנתה באמת ובכל זאת לא נאסרה עליו כי היתה בלא כתובה וקדושין ע"ש והיינו כהרמב"ן:

והנה בגיטין דף ו' ע"ב אמר שם ר' אביתר זבוב מלא בקערה, ור' יוכתן אמר כינא מלא ע"ש ולכאורה יש להוכיח שב' אמוראים ר' אביתר ור' יוכתן שדחקו עלמם לפרש זנתה כנגד הפשט ולא פירשו שזנתה באמת שסוברים פלגש הוה בקדושין ואי זנתה היתה אסורה לבעלה ואיך הלך אחריה והחזירה, אך ע"ש בתוס' ד"ה זבוב שהקשו שם מנא להו דלא הוה זנות ממש ותירלו בשם ר"ח מדרלה הבעל להחזירה ואפילו בפלגשים לא היה דרכן להחזירן אחר זנותם מדחזינן בדוד כשבא אבשלום לפלגשי אביו שהיו אלמנות חיות ע"ש ומדכתבו שבפלגשים לא היה דרכן להחזירן אחר שזנתו והוצרכו להביא ראי' מדוד והלא מה"ת אסורה כשזנתה אי פלגש בקדושין אע"כ דסברו כהרמב"ן דפלגש בלא קדושין ומותרת לבעלה בחזרה רק שלא היה דרכן להחזיר אותה כשזנתה, אך אח"כ האיר ה' עיני וראיתי שם בחידושי הרמב"ן שמביא קושי' תוס' בלשון זה דלמא ממש זנות היה ואונס היה וע"ז תירץ ר"ח דאז לא היה מחזירה ומביא ראי' מפלגשי דוד דאבשלום בא עליהן באונס שלא ברלונם ובכל זאת לא החזירן דוד, והרמב"ן מדחה קושיתם וכ' ולאו מלתא היא דבאונס לא קרי ליה זנות ואלו ברלון לא היה מחזירה ולפ"ז יש להביא ראי' להיפך מתוס' מדהקשו דלמא כאנסה בזנות מוכח דאלו זנתה ברלון היתה אסורה מה"ת וע"כ דסברו דפלגש בקדושין, אך לפ"ז היה קשה על הרמב"ן שסותר עלמו דהרמב"ן על התורה והרמב"ן בתשובה הביאו הכ"מ בפ"א מאישות סובר דפלגש בלא קדושין ובלא כתובה ולמה הולרך להקשות דלמא כאנסה הלא אף אם ברלון זנתה לא נאסרה מדינא, ונראה שלא הרמב"ן והראב"ד מש"ה מתירין במיוחדת לאיש אחד דאז אין לחוש שישא אח את אחותו דהא לא נבעלה לאיש אחר והא תיכח אם לא תזנה תחתיו ברלון, אבל אם תזנה גם עם אחרים בשעה שיושבת תחת בעלה עדיין יש לחוש שתתעבר מאחרים וישא אב את בתו ואח את אחותו ולכן אסור לבעלה לבא עליה אחר שזנתה ברלון תחתיו ורק כשנאנסה מותרת, ומדויק לשון הרמב"ן שם שכ' אלו ברלון לא היה מחזירה ולא כ' אין דרכן להחזיר דרק באונס דמותרת מדינא הולרכו תוס' לתרץ דאף באונס אין דרכן להחזיר, והוא כ' דאונס לא נקרא זנות ואם זנתה ברלון מדינא איכה מחזירה, ומלאתי בברכי יוסף באה"ע סי' כ"ו שמביא בשם ריטב"א בגיטין ו' שם כ"י שכ' דאע"ג דדוד גזר על יחוד פנויה מותר לו לבא על פלגשו דהא מיוחדת לו, אבל אם בא איכש דעלמא על פלגש חברו לא מחייב מיתה דלאו אשת איש גמורה היא דהא לא מקדשא להאי גברא עכ"ל מלשונו יש לדייק דאף דסובר כרמב"ן דפלגש בלא קדושין בכל זאת הבועל פלגש חברו רק מיתה לא מחייב אבל איסורא עבד גם מדכ' דלאו אשת איש גמורה היא משמע דכחשבת לאשת איש במקלת רק שאיכה אשת איש גמורה, ויש לעיין כיון דלא קדשה מאי

אישות

אישות יש, וכנראה דעיין ברמב"ם בפ"ד מה' מלכים ה"ד שכ' פלגשים בלא כתובה ובלא קדושין אלא ביחוד בלבד קונה אותה מלשון זה משמע דע"י יחוד קונה הבעל הפלגש, עיין בב"ח אה"ע בסי' ע"ז שכ' אע"ג דקדושין לא תפסי בנכרית אבל נשואין מיהא איכא בגויה וע"ז אמר לא תתחתן דהיינו אישות ופסק כר"ש דבכל אומות איתניהו ע"ש דמה שמוכיח אותה לנשואין עושה איזה קנין אע"ג דאנן לא קי"ל כר"ה דחופה קונה שתחשב כאשת איש בכל זאת יש בכח החופה לעשות איזה קנין ועיין במשנה למלך פ"י מה' אישות שחופה קודם קדושין מהני שתהי' נשואה אלמא דחופה יש בה כח לעשות איזה קנין, וזהו שאמר הרמב"ם דפלגש הוה בלא קדושין ולא הוה אשת איש גמורה אבל בכל זאת ע"י יחוד הראוי' לביאה דהוה חופה לרמב"ם קונה אותה שתחשב במקלת כאשתו ולכן כ' הריטב"א דלא הוה אשת איש גמורה שיתחייב הבועל מיתה אבל קלת קנין יש לו לבעלה בה שהבועל עבד איסורא, אך רבא ביבמות דף ע"ו אמר דלאו דלא תתחתן לא קאי אגיותן כ"א אגרותן דבנכרית כיון דליתא בקדושין גם בנשואין ליתא ולא שייך בהוא חיתון ע"ש ואינו מחלק בין קדושין לנשואין כמו דלא תפסי בהוא קדושין גם נשואין לית בהו דלא כב"ח, אך הרמב"ם בפי"ב מה' איסורי ביאה אינו פוסק כהך דרבא כי אם כמו שסובר רבא בס"ד שם דאף בגיותן שייך בהוא חיתון אף בלא קדושין ה"כ יש לאמר בפלגש:

ועיין בכסף משנה בפ"ד מה' מלכים ה"ד שכ' מאחר שרבנו סובר שהבא על פנויה שלא לשם קדושין לוקה א"כ הדיוט אסור בפלגש ע"ש ולפי דבריו ההדיוט עובר בלאו כשיש לו פלגש, וק' לדבריו איך מותר למלך לעבור בלאו, ועוד הלא הרמב"ם בפ"ב מנערה כ' רק במוכנת לכל אדם לזנות איכא לאו משא"כ בפלגש דמיוחדת לאדם אחד ולפי מה שכתבתי פלגש אינה פנויה כ"א יש לבעלה קנין בה ליכא כ"א איסור בעלמא בהדיוט, ולפמ"ש יש לעיין אם יוכל לשלח פלגשו בלי גט כיון דיש לו קלת קנין בה לרמב"ם ולריטב"א שהבאתי, גם יש לעיין לענין הפרת נדרים כיון דאמר ר' פנחס בנדה מ"ו כל הנודרת על דעת בעלה היא נודרת וכיון שהוא בעלה ויש לו בה קנין יש לאמר שמפר לה, גם יש לעיין אם יש לו אשה ונושא פלגש אי עובר אחרם דר' גרשון מ"ה כיון דיש לו אישות בה או דלמא דוקא בב' נשים בקדושין גזר ולא בפלגש דליכא קדושין, לפ"ז לרש"י דפלגש הוה בקדושין גם בפלגש איכא חדר"ג ולפמ"ש לעיל בשם ריטב"א ורמב"ם מובנים דברי ירושלמי בכתובות פ' אעפ"י הלכה ב' איזה היא אשה ואיזה היא פלגש ר"מ אומר אשה יש לה כתובה פלגש אין לה כתובה ר' יודא אומר אחת זו ואחת זו יש לה כתובה וע"ש במראה הפנים שכ' לר"מ אין לה כתובה ואין לה קדושין ע"ש אך דברי ר"י קשים להבין כיון דאין בה קדושין איך יש לה כתובה, ולפמ"ש דיש לו לבעל קנין בה ע"י חופה ע"י יחוד הראוי לביאה שפיר יש להבין למה יש לה כתובה לר"י:

והנה עתה בזמננו ברוב מדינות באייראפא יכולים ליקח אשה בערכאות לילך לשר העיר (בירגערמייסטער) והוא גומר הנשואין כפי כמוסם ואחר גמר הנשואין כותב בפנקס המיוחד שאיש זה נשא פלונית לאשה גמורה, ועיין בריב"ש תשו' ו' שכ' דאם ישראל וישראלית עושים הנשואין בערכאות אין לחוש לקדושין כלל דאין שם עדים כשרים בשעת הקדושין, ועוד שאינו נותן לה כלום כ"א הכומר נותן טבעת לכל אחד, גם אין לחוש לקדושין משום דאין אדם עושה בעילתיו בעילת זנות ובעל לשם קדושין, דהרמב"ם והראב"ד סוברים דרק באדם כשר אמרינן כן, אבל בפרולים ליכא האי חזקה ולא מהני עדי יחוד עש"ה, הנה מה שכ' הריב"ש שלא נתן הטבעת לידה כ"א הכומר, עיין בבאר היטב באה"ע סי' ל' סק"ח שכ' בשם תשו' מהרשד"ם חלק אה"ע סי' כ"ד והרכ"ח ח"א סי' פ"ד והרא"ש בתשובה סי' כ"ב דאם נתן על הקרקע ונטלתה משם לשם קדושין מקודשת ע"ש לפ"ז נהי דאין שליחות לנכרי אם הטבעת שנותן הכומר ליד אשה היא של איש ובעדו הוא מוסר לה הטבעת לקדושין לא גרע מאם הניח האיש ע"ג קרקע והיא נטלתו משם, ומה שכ' דאין שם עדי קדושין, הא תינח בנשואין בבית תפלתם והכומר המשיא, שם ליכא ישראלים, אבל (בליווילעהע) הרבה פעמים הבירגרמייסטער הוא יהודי וגם שאר פקידים שנמלאו שם הרבה פעמים הם יהודים, ועוד זאת ילכו עם האיש והאשה יהודים אוהבים לעדים ואף אם אינם מיוחדים לעדים הלא הרמב"ם בפ"ג מאישות ה"ח כ' כשעוסקין בענייני קדושין אף שלא אמר לה כלום ואף שלא אמר אתם עדי מקודשת והכי קי"ל בש"ע אה"ע סי' מ"ב למה לא ניחוש לקדושין גמורים שתהי' כאשת איש שלריכה גט מה"ת, וגם לעבור בחדר"ג אם יש לו עוד אשה, ועיין בהג"ה באה"ע סי' כ"ו סעי' א' שפוסק כריב"ש שמי שנשא בנמוסיהם אעפ"י ששהה עמה כמה שנים אין כאן חשש קדושין ואינו אלא זנות בעלמא, ולפי מה שכתבתי יש לחלק התם בבית תפלתם ובכומרים דלא נמלאו שם יהודים משא"כ (בליווילעהע) הרבה פעמים נמלאו שם יהודים שכשרים להעיד אך עיין בריטב"א בקדושין מ"ג ע"א שכ' שהורה רבנו בקדושין אם נמלאו באותן שעומדים שם בשעת הקדושין קרובים או פסולים כל העדות בטלה ולריך ליחד עידי קדושין ואי לא כל עדות פסול אף שבאו הפסולים רק למחזי ולא להעיד לפ"ז אין לחוש לקדושין אם לא שייחד עדים כשרים לקדושין, אך ע"ש שמביא דעת מפרשים שחולקים וסוברים דיש לחוש לקדושין אף בנמלאו שמה פסולים וקיים ורלוי להחמיר ועיין באה"ע סי' מ"ב

בזה

בזה, לפ"ז יש לאמר אם ליכא חשש קדושין (בליווילעהע) הוה כפלגש בלא קדושין דהא עכ"פ מיוחדת לו לאישות ולרמב"ן ולראב"ד ולרא"ש מותרת לבעלה כפלגש ואם יש לחוש לקדושין יש לאמר דאסורה עליו דעיין בכ"מ שמביא הרמב"ן בפ"א מאישות ובב"ש באה"ע סי' כ"ו סק"ב הביאו ג"כ דרק פלגש בלא קדושין מותרת לבעלה, אבל אם קדשה אסורה לבעלה, בלא חופה ובלא ז' ברכות כמו ארוסה דאסורה בלא חופה ובלא ברכה, ועיין לזה באה"ע סי' מ"ב סעי' ד' בהגה דאפילו אם ייחד עדים יכולים אחרים שראו להעיד כתשו' ריב"ש סי' תע"ט:

ויש לעיין לרש"י דסובר פלגש בקדושין דוקא, לפי מה שמביא בשיטה מקובצת בכתובות דף ז' ע"ב ד"ה בברכת ארוסין שכ' בלקוטי קצת פירושים מהגאונים ז"ל מצאתי כתוב לשון רש"י ז"ל בזה הנוסחא לר' שלמה ז"ל ואסור לנו הארוסות לא מצינו כך בתורה שתהא ארוסתו של אדם אסורה עליו שהרי אף פנויה מותרת לו מן התורה כ"ש ארוסתו עכ"ה לפ"ז מבואר ברש"י דסובר דפנויה מותרת מן התורה ומה הכריח לרש"י לאמר דפלגש הוה בקדושין הלא בלא קדושין נמי מותרת, וצ"ל דהכריח לרש"י לפרש כן משום דנאמר באברהם ויקח אשה ושמה קטורה ואח"כ נאמר ולבני פלגשים נתן אברהם מתנות והלא נאמר קיחה ואישות ובלא קדושין ליכא קיחה ולא נקראת אשתו גם למה נאסרו פלגשי דוד לדוד משום שבא אבשלום עליהן ע"כ שקדשן דוד גם בשופטים קפי' י"ט קרא לבעל הפלגש אישה, ולאביה חותנו, אע"כ דפלגש בקדושין, אך לדעתי משופטים שם יש להוכיח נגד דעת רש"י דשם אמר הזקן שבאו הבעל ופלגשו ללין אצלו לאנשי בליעל שהסבו ביתו שימסור להם בתו והפלגש ויעשו עמהם כחפצם, קשה וכי הפלגש לא באה בכלל קורתו הלא באה עם בעלה לביתו לחסות תחת כנפיו, לוט אמר שיתן להם שתי בנותיו אבל אותן שבאו בכלל קורתו לא ימסור להם אבל הזקן רצה למסור הפלגש שחסה בצלו ורק את בעלה לא רצה למסור להם, שנית קשה על הבעל שמסר להם פלגשו להציל עצמו ומאי חזית דדמו דידיה סומק טפי דלמא דמא דידה סומק טפי ומי התיר לו למסור פלגשו להציל את עצמו? אבל אם פלגש בלא קדושין ניחא דע"ש ברש"י שכ' שרצו בו למשכב אותו במשכב זכר ע"ש ולכן מסרו הזקן והבעל הפלגש שהיא בלא קדושין ונחשבת כפנויה ואין כאן איסור כרת ולאו להציל עצמו מאי' כרת דמשכב זכר וזאת לא עלה על לבם שיתעוללו בה כל כך שתמות עי"ז ועשו כדין שמסרו להם הקל להציל מאיסור החמור, אבל אי פלגש בקדושין והיא אשת איש מה"ת ואין לך ערוה גדולה מזו קשה טובא על הזקן ועל הבעל שמסרו אותה מה לי איסור אשת איש מה לי איסור משכב זכר ומלך יהרג ואל יעבור עיין בסנהדרין דבעריות יהרג ואל יעבור, אך באשה דקרקע עולם היא לא אמרינן בה תהרג ואל תעבור ע"ש ה"נ במשכב זכר הנשכב הוא קרקע עולם ורק השוכב דעושה מעשה יהרג, ומוכח דלא כרש"י:

ד) קידושי האשה אי הוה מצוה או רק רשות:

הרמב"ם בפרק א' מה' אישות ה"ב כ' שהקדושין הם מצות עשה של תורה וע"ש בכ"מ שמביא שהקשו לבנו מהר"א על אביו ממועד קטן דף י"ח דאמרי' לא מבעי לארס דליכא מצוה ותירץ דקדושין אינו אלא התחלת המצוה והנשואין הן גמר המצוה ע"ש ונראה דעיין בהרב המגיד פרק יוד מה' אישות ה"א שכ' דארוסה מותרת מה"ת לביאה רק חז"ל אסרו אותה בלי חופה ע"ש לפ"ז מה"ת כיון דע"י הקדושין יכול לבא עליה לפרות ולרבות יש בקדושין מ"ע, אבל השתא שאסרו חז"ל לבא עליה עד שתכנס לחופה ליכא בקדושין עדיין קיום עשה כי אם בחופה שאז יבא עליה ויקיים המ"ע דפ"ור, והנה ביבמות דף ל"ו ע"ב מקשינן שם על מתניתן דאין מקדשין בי"ט והא מצוה קא עבד ומתרצינן ביש לו אשה ובנים משם נראה דביש לו אשה ובנים ליכא מצוה בקדושין ובאין לו אשה ובנים איכא מצוה בקדושין והרמב"ם אינו מחלק וכ' סתם דהוה מ"ע בכל אופן, גם קשה משם על מ"ק דף י"ח דאמרינן שם לארס ליכא מצוה בכל אופן ואם כדחוק דגם האי מתניתן שם מוקמי' ביש לו אשה ובנים יקשה איך אמרינן שם דנשואין הוה מצוה דביש לו אשה ובנים מאי מצוה איכא בנשואין, ועיין ביבמות ל"ו דפליגי שם רש"י ור"ת לרש"י אף באין לו אשה ובנים אסור לקדש בי"ט, ולר"ת מותר לקדש דהוה מצוה בקדושין, ויש לעיין על ר"ת דמתיר הלא בר"ה דף ל"ב אמרינן שם לעלות באילן ולפקח גל ליטול משם שופר בר"ה לקיים מ"ע דאורייתא ומבואר בגמרא שם משום די"ט הוה עשה ול"ת ואין עשה דתק"ש דוחה לעשה ול"ת וע"ש בר"ן אף דעליה ע"ג אילן אינו אלא שבות ותק"ש הוה עשה מדאורייתא, בכל זאת כל מה דתיקון רבנן כעין דאורייתא תיקון והוה כעשה ול"ת דאורייתא ע"ש וה"כ הלא הוה איסור שבות לקדש אשה בי"ט וביו"ט נחשב זאת לעשה ול"ת ואיך עשה דקדושין ידחה לעשה ול"ת די"ט, ואמלתי לתרץ דבשבת כ"ד ע"ב הרבה אמוראים צריכים לקרא שאסור לשרוף קדשים בי"ט שלא ידחה העשה לל"ת די"ט, ורק ר' אשי שם פליג ואמר דא"ל לקרא די"ט הוה עשה ול"ת ואין עשה דוחה ע"ש לפ"ז י"ל דקושי' ותירץ הגמ' ביבמות ל"ו קאי להנך מ"ד דסוברים די"ט אינו אלא ל"ת ועשה דוחה, אך לפ"ז לדידא דקי"ל כר' אשי באמת גם באין לו אשה

ובנים

ובנים אסור לקדש בי"ט כרש"י והרי"ף והרא"ש והטור, ועיין קשה לר"ת שפוסק דליכא שבות, גם קשה לר"ת לתוס' בערובין דף ק' ע"א שהוכיחו משם דעשה דפשיטה אינו דוחה ל"ת ע"ש הלא הקדושין בי"ט הוה עשה דפשיטה דיכול לקדש בערב י"ט, ונראה לחלק התם בר"ה ל"ב היתה גזרת חז"ל שלא לעלות באילן ושלא לפקח הגל בי"ט, וקרה מקרה שהשופר מונח ע"ג האילן או תחת הגל ואמרינן די"ט הוה עשה ול"ת ואין עשה דוחה, משא"כ במתניתן דבילה ל"ו דתחלת גזרת חז"ל היתה שלא לקדש אשה בי"ט ע"ז מקשינן כיון דאיכא מצוה לקדש אשה לא הי' להם לחז"ל לגזור שלא לקדש ומתרצינן שגזרו רק על מי שיש לו אשה ובנים:

ועיין בהרא"ש פ"ק דכתובות סי' י"ב שחולק על הרמב"ם וכ' שם דליכא עשה בקדושין ולא יכול לברך שצונו על מצות קדושין דהא אפשר לקיים פרי' ורבי' בפלגש בלא קדושין עש"ה. והנה ממועד קטן דף י"ח יש ראי' להרא"ש דשם אמרינן לא מבעי לארס דליכא מצוה אלמא דליכא מצוה בקדושין, אך קשה להרא"ש למה אמרו שם דבנשואין איכא מצוה הלא לפמ"ש הרא"ש דיכול לקיים פו"ר בפלגש גם בנשואין ליכא מצוה דיכול לקחת פלגש בלא קדושין ובלא נשואין, ומזה הי' ראי' למה שכתבתי בסימן ג' לעיל דבפלגש קדושין ליכא אבל נשואין איכא לכן איכא מצוה בנשואין, ואגב אעורר דמשם יש להביא ראי' נגד המרש"א בקדושין ה' שחידש שם דלר"ה חופה קונה וגומר ומהר"י טראני בחדושיו על קדושין חולק עליו דאינו גומר, דעיין ביבמות דף כ"ז דאמר שם שמואל אין חופה לפסולות ומוכח שם מרש"י כמו שפירשו תוס' שם דברי רש"י דרב ושמואל סוברים כר"ה דחופה קונה ע"ש ובמועד קטן י"ח קיימינן שם אשמואל דשמואל אמר שם מותר לארס בחה"מ ומקשינן עליו לימא מסייע' ליה ממתניתן שם דתנן אין נושאין במועד הא לארס מותר ומתרצינן דסד"א דלא מבעי קאמר לא מבעי לארס דליכא מצוה ודאי אסור ואף בנשואין דאיכא מצוה ג"כ אסור ע"ש וקשה כיון דשמואל כר"ה ס"ל דחופה קונה ליתני במתניתן אין מארסין במועד ובכלל זה גם חופה דקונה, וכיון דחופה ג"כ גומר ובכל זאת אסור במועד מוכח דנשואין ג"כ אסורין במועד אע"כ כמהרי"ט דחופה אינה גומר וגם בחופה ליכא מצוה, אך מבילה ל"ו קשה על הרא"ש דשם אמרינן באין לו אשה ובנים איכא מצוה בקדושין, ואף אם נימא דליכא מצוה דאורי' כ"א מצות דרבנן עדיין קשה למה אין מברכין אשר קב"ו על מצות קדושין דהא מברכין על הרבה מצות דרבנן כמבואר בשבת כ"ג, אם לא שנאמר כיון דבאית ליה אשה ובנים ליכא מצוה בקדושין לכן לא תקנו חז"ל לברך בקדושין משום לא פלוג בין יש לו אשה ובנים לאין לו:

ויש לי בזה הדין דאין נושאין נשים במועד קצת ספק אי גם פלגש בכלל זה דמותרת להרא"ש ולרמב"ן וראב"ד, לא מבעי לרש"י ולה"ה פרק א' מאישות דפלגש הוה בקדושין בלא כתובה כיון דבפלגש הקדושין הן כמו נשואין בשאר אשה דמיד אחר הקדושין היא פלגשו לבא עליה יש לאסור במועד כ"א אף לרמב"ן ודעימי' דפלגש בלא קדושין כ"א שמיחד אותה אליו לפלגשו ולאישות עדיין י"ל דהוה בכלל גזרה דאין נושאין נשים במועד דהא אחר היחוד היא כאשתו ומותר לבא עליה:

ד) באיזה אופנים יכול האיש לקדש אשה שיחשבו לקדושין גמורים מה"ת:

בכסף במתניתן ריש קדושין תנן האשה נקנית בג' דרכים בכסף בשטר ובביאה, בכסף פליגי ב"ש וב"ה לב"ש בדינר ולב"ה בפרוטה או בשוה פרוטה, ועיין בסמ"ע בחושן משפט סי' פ"ח סק"ב שפרוטה היא שמינית (פפעניג וויענר) ותמה שם איך אפשר שיחשב זאת לממון לקדש בו אשה והעלה דרק אז שהיו הפירות בזול גדול נחשב פרוטה לממון שתוכל האשה לקנות בפרוטה פירות, אבל עתה שהפירות ביוקר לא סגי' בפרוטה בקדושי אשה ע"ש ועיין בתשו' ריב"ש סי' קנ"ג דלכל זמנים עשו חז"ל תקנתם, וצריך ליתן לה מטבע מזהב וכסף או נחושת אבל אם נותן לה (באנקנאטע) מנייר לא הוה קדושין ודאי כ"א ספק דדמי' לדעתי למה דפסקינן באה"ע סי' כ"ח סעי' ג' אם מקדשה בשטר חוב שיש לו על אחרים אעפ"י שמקנה לה השטר בכתיבה ומסירה אינה מקודשת אלא מספק ע"ש והבאנקנאטע ג"כ הוה שטר חוב על הבאנקפערלאיין, ועתה המנהג שלא לקדש במטבע כ"א בטבעת בלא אבן בתוכו, כמבואר בהג"ה אה"ע סי' כ"ז סעיף א' וגם באה"ע סי' ל"א סעי' ב' במחבר וברמ"א, ועיין במרדכי פ"ק דקדושין סי' תפ"ח שכ' נהגו העולם לקדש בטבעת של זהב בלא אבן יקרה בתוכה ומיהא אם קידשה מקודשת:

בשטר היינו שכותב על הנייר הרי את מקודשת לי אף שהנייר אינו שוה פרוטה מקודשת ואף כשכותב על איסור הנאה כ' הרמ"א באה"ע סי' כ"ח סעי' כ"א דמקודשת וע"ש באחרונים שמקשים על הרמ"א דבסי' ל"ב סעי' ד' מביא פלוגתא בזה אי מקודשת דלתשו' רשב"א סי' תר"ג אינה מקודשת בשטר של א"ה ומביא מירושלמי פ"ק דקדושין הלכה א' דבגט פליגי רבי ור' אלעזר לרבי גט שנכתב על א"ה הוה גט ולר"א הגט פסול ותולה הירושלמי שם בשטר קדושין של א"ה בפלוגתא דפליגי בגט ואח"כ מחלק הירושלמי בין א"ה דרבנן לא"ה דאוריתא, בא"ה דרבנן מקודשת ובא"ה דאוריתא אינה מקודשת, והנה

בגיטין כ' פסקינן כרבי דגט שנכתב בא"ה כשר ולא מחלקינן בין א"ה דאורייתא לא"ה דרבנן, וע"ש בר"ן שכ' דאף דכתותי מכתת שיעוריה היינו דוקא בשופר ולולב דבעי שיעור, אך בדבר שצריך ביעור למ"ד דכל העומד לשרוף כשרוף דמי לא הוה גט דכמאן דליתניהו דמי ע"ש ופסקו הרמ"א באה"ע סי' קכ"ד אך ע"ש בביאורי הגאון כא"ו שכ' דדברי הר"ן תמוהים דכתותי מכתת ג"כ משום עומד לשרוף ולא פליגי על ר"ש בזה וכו' דט"ס נפל בהר"ן וכך צריך להיות בכל א"ה קאמר ואף באותן שצריכין לבער מן העולם דלרבנן דר"ש רק כתותי מכתת וזה דוקא בלולב ושופר אבל לר"ש דסובר דהוה כשרוף וליתניהו בעולם לא הוה גט ובזה לא קי"ל כר"ש אלא כרבנן ע"ש אך גם בחידושי ר"ן על גיטין ובהריטב"א על גיטין דף כ' כתבו כהלשון שיש לפנינו בהר"ן ולא כגירסת הגרא"ו, ולפ"ז יש לאמר דזה גופא פלוגתא דרבי ור"א רבי סובר כרבנן דר"ש לכן מכשיר בגט של א"ה ור"א סובר כר"ש והוה כשרוף וליתניהו בעולם, וזהו החילק של הירושלמי בין א"ה דרבנן לא"ה דאורי' דרק בא"ה דאורייתא סובר ר"ש דכיון דעומד לשרוף הוה כשרוף, אבל בא"ה דרבנן אינו עומד לשרוף ואף לר"ש כשר, לפ"ז לדידא דלא קי"ל כר"ש ואף בעומד לשרוף אינו כשרוף אף בא"ה דאורייתא כשר הגט והשטר של קדושין:

בביאה, עיין בר"ן בפ"ק דקדושין דף יוד שהקשה שם על הרי"ף שתירץ על הא דיבמות כ"ה דהערא קונה היינו לגמור כחופה ולא לקנות במקום קדושין דאז בעי גמר ביאה והק' הא ארוסה בלא חופה אסורה כנדה והוה ביאה דאסורה ולא קני' כמו ביבמות כ"ט דאמרי' שם דמאמר דאסורה לא קני' ותירץ כיון דבועל לשם נשואין לית ביה איסורא ע"ש ויש לחקור לדבריו מי שמקדש נדה בביאה כיון דעבד ביאה דאסורא אי הביאה קני' ומקודשת או לא קני' ואינה מקודשת, עיין במשנה למלך פרק י' מה' גרושין ה' י"ח שמביא בשם רדב"ז כ"י מי שמיחד בגרושתו לפני עדים אם היא נדה לא חיישינן לקדושין דכל הטעם דחיישינן משום דאמרינן חזקה א"א עושה בעילתו בעילת זנות ובעל לשם קדושין והכא דעובר באיסור כרת כשבא עליה ואינו חושש איך נימא גביה חזקה שלא בעל בעילת זנות והמ"ל מסכים עמו ע"ש ומדהוצרכו לאמר דליכא חזקה ולא קאמרי בפשיטות אף אם בעל לשם קדושין אינה מקודשת דביאת איסור לא קני' אע"כ דסוברים דאם היה בועל לשם קדושין היתה מקודשת:

ועיין בתשו' נב"י תנינא אה"ע סי' כ' שכ' דביאה בחייבי לאוין מהני לענין קדושין דדמי למה שכ' הש"ך בח"מ סי' ר"ח דמקח בשבת מהני וכן שוחט בשבת דהשחיטה כשרה דאם הי' קונה ושוחט בחול ליכא איסורא לכן לא אמרי' בזה אי עבד לא מהני, ה"נ בחייבי לאוין כיון דיכול לקדש בכסף או בשטר דליכא איסורא אף אם מקדש בביאה ועבד איסורא לא אמרי' בי' אי עבד ל"מ ע"ש ואין הדמיון עולה יפה, במוכר ושוחט בשבת אלו שם מעשה זה בחול לית ביה איסורא וכיון דאין המעשה מעשה דאיסורא לא אמרי' ביה לא מהני ולכן בבועל בי"הכ או בתולה בשבת לשם קדושין קני' והיא מקודשת, אבל בבועל חייבי לאוין לשם קדושין מעשה הביאה אסור בכל אופן שבעולם רק דהי' יכול לעשות מעשה אחר לקדש בכסף או בשטר כיון דהמעשה שעשה בעלם אסור יש לאמר אי עבד לא מהני והיה מקום לחלק בין במקדש בביאה בחייבי לאוין בין במקדש בביאה נדה, דבנדה רק בימי נדותה הביאה אסורה וכשיעברו ימי נדותה ותטבל יהי' מותר לבא עליה בזה לא אמרינן לא מהני ועדיין י"ל בחייבי לאוין דלא מהני, אך ע"ש בהגה מבן המחבר שכ' לפי מאי דאמרינן בכתובות ע"ד ע"ב דאתקשי הויות להדדי כמו דמהני תנאי בכסף ושטר ה"ה בביאה מהני תנאי גם בזה אמרינן כיון דכסף ושטר קוני' בחייבי לאוין ה"ה ביאה ע"ש ולפ"ז ה"ה ביאת נדה קונה, ובזה מתורץ מה שהקשו המפרשים על הרמב"ם בפ"י מאישות שפוסק חופת נדה אינה קונה איך יליף ר"ה בקדושין ה' דחופה קונה מכסף ושטר וביאה הלא איכא למפרך מה להנך שקונים בנדה משא"כ חופה דלא קני' בנדה, וכנראה לר"ה דחופה קונה והוה בכלל הויות ודא חופה קונה בנדה דהא אתקשו הויות להדדי כמו דכסף ושטר וביאה קונים בנדה ה"ה חופה, ואנן דלא קי"ל כר"ה ולא הוה חופה בכלל הויות חופת נדה אינה קונה, ומיושבת נמי קושי' תשו' פני יהושע באה"ע סי' ג' שהקשה על תוס' יומא י"ג דבאלמנה חופה אינה קונה איך אמר רב יש חופה לפסולות הלא שם קאי על אלמנה לכה"ג ובאלמנה הלא חופה אינה קונה וגם הק' על ר"ה דיליף חופה קונה מכסף ושטר וביאה הא איכא למפרך מה להנך שקונין באלמנה ג"כ משא"כ חופה דלא קני' באלמנה ועפמ"ש ניחא לר"ה דחופה קונה הוה בכלל הויות דאתקשו אהדדי וכמו דכסף ושטר וביאה קונין באלמנה ה"ה חופה, ורב לשיטת רש"י ותוס' ביבמות נ"ז סובר כר"ה דחופה קונה שפיר קונה באלמנה ורק לדידן דלא קי"ל כר"ה אמרינן דבאלמנה אין חופה קונה, אך לפ"ז קשה עדיין על שמואל שם דסובר אין חופה לפסולות הלא שמואל לרש"י ותוס' שם סובר ג"כ כר"ה דחופה קונה ונימא אתקשו הויות להדדי דחופה קונה גם בפסולות כמו דכסף ושטר וביאה קונים בפסולות, ועיין בנב"י תנינא אה"ע סי' קכ"ט שכ' כיון דאמרינן בתמורה ה' ע"ב דגלי רחמנא באלמנה לכה"ג דקדושין תופסין ה"ה בכל אופן שקידש כגד מה דאזהר רחמנא אי עבד מהני ע"ש ולמה לא נימא כן גם בחופה לפסולות לשמואל

לשמואל דסובר כר"ה דחופה קונה והוה בכלל הויות דאף דעבד כנגד מה דאזהר רחמנא אי עבד מהני, ועיין בחידושי רא"ה וריטב"א בכתובות דף ע"ד ע"ב שכ' וליכא למימר אפכא כמו דלא מהני תנאי בביאה דלא מהני בכסף ושטר דכיון דהכי תרתי והאי חדא, איהו חדא עפי דתגרר בתריהו ולא כחדא תרתי ע"ש ולר"ה דחופה קונה הלא יש לן ד' קנינים בקדושין, וביאה וחופה בפסולים נימא אי עבד לא מהני והוה תרתי ונימא להיפך דגם בכסף ושטר לא מהני כקושיתם, אך י"ל הלא גלתה התורה דקדושין תופסין בחייבי לאוין ואי אפשר לאמר דכסף ושטר לא יקנו בפסולים ואמרינן בהיפך דגם בביאה מהני, ומה שכ' הר"ן שהבאתי לעיל דביאת איסור לא מהני, נראה ודאי לענין קדושין מודה דאף ביאת איסור מהני לקנות מלך דאתקשי הויות להדדי, וקושיתו על הרי"ף דאמר דהערלה לענין קדושין לא מהני ורק לגמור הנשואין מהני כמו חופה ע"ז מקשה דהוה ביאת איסור דאינו בכלל הויות ולא שייך ביה דאתקשי אהדדי ומביא ראי' מיבמות נ"ע דאמרינן שם דרק מאמר דהתירא קני' ולא מאמר דאיסורא, התם נמי המאמר אינו לקנות דהא קנויה ועומדת להיבם וזקוקה לו והמאמר בא לגמור כמו חופה שתהי' אשתו ולכן אמרינן דמאמר דאיסורא אינו יוכל לגמור ועיין ברמב"ן וריטב"א בקדושין דף י' שהקשו ג"כ על הרי"ף דהוה ביאה דאיסורא ומביאים ראי' מיבמות נ"ע:

ועיין בשער המלך בפ"י מאישות בחופת חתנים סעיף ע' שתמה על הר"ן שהבאתי מפסחים דף ע"ב דמבואר שם דיבם שבא על יבמתו כשהיא נדה קנאה אלמא דביאת איסור קונה ע"ש ונראה דיש להקשות ג"כ מיבמות נ"ח דמוקמינן שם שאחר שקינא לארוסה ונסתרה נכנסה לחופה והא הוה יחוד דאיסורא לרמב"ם דחופה הוה יחוד ואיך קנאה דהא אחר שנסתרה אסורה עליו, ונראה דעיין בתוס' בפסחים שם שכ' דע"כ איירי בשוגג ע"ש לפ"ז י"ל דוקא אם עושה איסור במזיד או יחוד או ביאה לא קני' אבל התם לפמ"ש תוס' בפסחים שהיה שוגג שפיר קנאה היבם אף שהיתה נדה, לפ"ז גם ביבמות נימא דע"ש בתוס' שהקשו מאי מקשה הגמ' אי דבא עליה הא אינו מנוקה מעון דלמא איירי בשוגג שלא ידע שנסתרה ואח"כ ידע ותירצו דאפ"ה לא הוה מנוקה מעון ע"ש ודוקא התם דכתיב ונקה שיהי' נקי לגמרי אף משוגג, אבל בכל זאת היחוד שנתיחד בשוגג מהני לקנות ורק במזיד לא מהני לקנות, ועוד יש לאמר על קושי' שעה"מ דיבמה שאני דאם בא על יבמתו לשם זנות או באונס ובע"כ אפ"ה קונה אותה וכיון דהקנין הזה משונה מכל קנינים שבעולם דבכל קנין בעי כונת קונה ומקנה לקנות ולהקנות מרצונם, ה"נ משונה לענין זה דאף ביאת אסור מהני לקנות, וביבמות נ"ע במאמר דבמאמר פסקינן כרבנן דרבי דבעי מרצונם דוקא שיתכוונו שניהם לשם קנין ודמי לגמרי לשאר קנינים לכן אמרינן שם מאמר דאסורא לא קני':

והנה בקדושין דף י' ע"א מבעי לן אי תחלת ביאה קונה או סוף ביאה קונה ומסיק רבא שם כל הבועל דעתו אגמר ביאה ושם אמרינן נ"מ לכה"ג לקדש בביאה ע"ש ומקשי' שם הרמב"ן והריטב"א הלא אף אי הערלה קונה אי אפשר לכה"ג לקדש בביאה דהא ע"י הערלה נעשה בעולה ובשעת נשואין כבר בעולה היא ותירוצם בחופה קודם קדושין לפי תוס' משאת בכיוון שמביא המשנה למלך פ"י מאישות לא מהני ועדיין קשה קושיתם, ונראה דע"ש בתוס' שהביאו בשם ר"ת לפרש דאיבעי בגמרא קאי על הערלה דקונה ומספקא לן אי תחלת הערלה היינו נשיקת אבר או סוף הערלה הכנסת עטרה ע"ש וע"ש ברמב"ן וריטב"א שהקשו על ר"ת איך אמר נ"מ לכה"ג הלא בנשיקת אבר לא נעשה בעולה ויכול לקדש אפי' אי סוף הערלה קונה והניחו בצ"ע ע"ש ונראה דקושי' אחת מתורצת בשני' אי תחלת הערלה היינו נשיקת אבר קונה יכול כה"ג לקדש בנשיקת אבר דלא נעשה בעולה בנשיקה ואינה בעולה בשעת נשואין, אבל אי סוף הערלה קונה והוה בעולה בשעת נשואין אי' לקדש דאיך ישא אותה דהוה אז בעולה אך עיין שם בחידושי' מהרי"ט שכ' דודאי לר"ת אם פירש אחר הערלה לא קנה דכל הבועל דעתו אגמר ביאה וגם בעל האיבעי ידע זאת, רק מספקא ליה אאימתי הוה מקודשת למפרע אי משעת נשיקה או מהכנסת עטרה וגמר הביאה הוה רק תנאי כמו המקדש בפרוטה והתנה שיתן לה מנה כשנותן לה מנה מקודשת למפרע משעה שנתן לה הפרוטה לפ"ז ליתא לתירוצי כיון דצריך לגמור הביאה מלך תנאי עדיין היא בעולה בשעת נשואין ונראה דע"ש בריטב"א קושי' הרמב"ן וכתב וכי תימא דבס"ד סובר הגמ' ביאה נשואין עושה והוה נשואה מיד זה ליתא דאפי' אי ביאה נשואין עושה דוקא גמר ביאה ולא תחלת ביאה ע"ש ודבריו תמוהים מנא ליה זאת, ומצאתי במקנה שם שכ' דהאיבעי אח"כ אי ביאה נשואין עושה קאי על האיבעי דלעיל מיניה דאי אמרינן תחלת ביאה קונה יש לאמר דגמר ביאה עושה נשואין דהערלה גומר לשיטת ר' ניסים ורי"ף וגמר ביאה לא גרעה מהערלה אבל אי גמר ביאה קונה לקדושין אין כאן מה שיעשה נשואין ע"ש וזהו כונת הריטב"א אפילו תחלת ביאה קונה אז רק גמר ביאה עושה נשואין ולכתי קשה קושי' הרמב"ן דהוה בעולה בשעת נשואין, לפ"ז לר"ת יש לאמר הנ"מ בכה"ג אי נשיקת אבר קונה לקדושין אז הכנסת עטרה גומר לנשואין ולא הוה בעולה בשעת נשואין, ואי רק הכנסת עטרה קונה לקדושין ואז לא נעשה נשואה כ"א בגמר ביאה הלא מהכנסת

עטרה הוה בעולה והיא בעולה בין קדושין לנשואין כקושי' הרמב"ן ואינו יכול לקדש בביאה. ובעיקרי האיבעי' אי תחלת ביאה קונה או סוף לשיטת ר' חננאל ולפמ"ש הר"ן כיש קדושין גם הרי"ף כר"ח ס"ל דהוה ספק אי הלכה כר"ה דחופה קונה או לא ע"ש יש לאמר דזה גופא מספקא לי' לבעל האיבעי' אי הלכה כר"ה דחופה קונה דאיכה אלא קירוב ביאה אז ודאי תחלת ביאה קונה דלא גרע מקירוב ביאה, או אין הלכה כר"ה ואז בעי ביאה גמורה, ורבא דפליג בקדושין ה' ע"ב על ר"ה מסיק הכא דבעי גמר ביאה וע"ש במהרש"א שכ' דלר"ה חופה קונה וגומר בפעם א' ע"ש לפ"ז י"ל גם בעל האיבעי' שמסופק אי ביאה ארוסין עושה או נשואין מספקא ליה אי הלכה כר"ה דחופה קונה וגומר בפ"א ומכ"ש דביאה גומרת ועושה נשואין או אין הלכה כר"ה וביאה רק ארוסין עושה והוה בעי דלא אפשטא אי הלכה כר"ה או לא וזה כר"ח ורי"ף דיש ספק אי הלכה כר"ה:

והנה לר"ה בקדושין ה' דסובר חופה קונה, יש עוד קנין מלבד ג' קנינים כסף שטר וביאה יכול לקדש בחופה ולר"ח ורי"ף אם קידש בחופה הוה ספק מקודשת ולשאר ראשונים אין הלכה כר"ה וליכא חשש קדושין, ומרש"י יבמות כ"ז לפי מה שפירשו תוס' שם סוברים רב ושמואל כר"ה דחופה קונה ויהי' מוכח משם דהלכה כר"ה דהא רב ושמואל כותי' סוברים, אך לדעתי יש לפרש דברי רש"י באופן שרב ושמואל לית להוא הא דר"ה, דיש לדקדק בלישנא דרש"י שם שכ' ומעיקרא כמי לא קדשה למה לא כ' סתם ולא קדשה מה רלה בזה שכ' ומעיקרא כמי לא קדשה, לכן נראה דגם רש"י סובר כמ"ש תוס' שם דאיירי עם קדושין וחופה רק גומרת, אלא דהיה קשה לי' לרש"י קושי' עצומה שמקשים האחרונים על הרמב"ם בפ' י"ט מה' איסורי ביאה ה"ג שכ' כה"ג שנשא אלמנה היא בחזקת בעולה שכל נשואה בחזקת בעולה והק' המקנה בקונטרס אחרון על הס"ע איך אמר שמואל אין חופה לפסולות הלא כיון שנשאת והכניסה לחופה אחר קדושין הוה בחזקת בעולה והיא מחוללת ע"י הביאה ע"ש וקושי' זו הי' קשה לי' לרש"י לכן שיכל רש"י את ידיו וכ' מעיקרא לא קידשה דעיין במשנה למלך בפ"י מה' אישות שהוכיח מהרמב"ן ומריטב"א ומהרשב"א בקדושין י' שחופה קודם קדושין גומרת למפרע כשקידשה אחר החופה ע"ש והנה הא דהוה בחזקת בעולה כשהכניסה לחופה היינו דוקא כשקדשה מעיקרא ואח"כ מכניסה לחופה דמייד החופה גומרת והוה אשתו גמורה לכל דבר אז אמרינן חזקה שבא עליה, אבל אם מכניסה לחופה קודם קדושין ומיחד עמה יחוד הראוי לביאה כיון דאז בשעת החופה עדיין איכה כאשתו ועדיין היא כפנוי' לכל דבר לא אמרינן דבא עליה ואם אח"כ מקדשה בכסף או בשטר ולא אזו העדים ממנו ורואו שמאז שקידשה לא נתיחד עמה כלל שאין לחוש שבא עליה אחר שקדשה לא הוה בחזקת בעולה וזהו שכ' רש"י שמעיקרא לא קדשה, קודם החופה לא קדשה כי אם אחר החופה שהחופה קדמה לקדושין וגמרה החופה למפרע ובכה"ג איכה בחזקת בעולה לכן אמר שמואל אין חופה לפסולות ולעולם רב ושמואל לית להוא דר"ה דחופה קונה בלא קדושין כ"א עם קדושין יחדיו ואין להוכיח משם דהלכה כר"ה, והנה לפי מה שכ' תוס' ביבמות כ"ז לרש"י דרב ושמואל סוברים כר"ה דחופה קונה יש ליישב ב' קושי' בעל חשו' פני יהושע באה"ע סי' ג' שהק' על תוס' יומא י"ג דחופה לא מהני באלמנה איך אמר רב יש חופה לפסולות הלא רב קאי שם על אלמנה לכה"ג, גם הקשה איך יליף ר"ה דחופה קונה מק"ו מכסף ושטר הלא איכא למפרך מה להנך דקונין באלמנה משא"כ חופה ע"ש ונראה דלר"ה דסובר דחופה כחה כביאה ממש כמו דביאה קונה ה"ה חופה דקרובה לביאה, ודאי חופה קונה באלמנה כמו דביאה קונה ה"ה חופה, ורק לדידן דלית לן כר"ה דחופה לא הוה כביאה מחלקינן באלמנה דרק ביאה קונה ולא חופה דגרועה מביאה לפ"ז שפיר יליף ר"ה חופה קונה מק"ו מכסף ושטר דאז גם באלמנה חופה קונה, ורב ושמואל דסברי כר"ה דחופה קונה גם באלמנה שייכי חופה, ועיין במהרש"א בקדושין ה' שכ' לר"ה אי חופה גומרת כ"ש דקונה דגומר הוה יותר מתחלת הקנין ולר"ה חופה קונה וגומר יחדיו ע"ש וע"ש במהר"י טראני שחולק וסובר לר"ה רק קונה ולא גומר ע"ש וראיתי בשע"המ שמביא בקונטרסו חופת חתנים בשם תוס' הרא"ש בכ"י שכ' לר"ה חופה קונה וביאה שאח"כ גומרת ולא חופה דמאי אולמי דהאי חופה מהאי חופה ע"ש מפורש יוצא מפי הרא"ש דלא כמהרש"א דלדידי' א"ל שום דבר אחר החופה, וגם מהרי"ף יש להוכיח נגדו לפמ"ש הר"ן כיש קדושין דהרי"ף כר"ח ס"ל דיש ספק אי הלכה כר"ה ע"ש והלא הרי"ף כ' ביבמות כ"ה דהערלה גומרת ואיכה קונה תחלת קנין ע"ש ולמהרש"א אי הרי"ף כר"ה ס"ל אם הערלה גומרת כ"ש דתקנה תחלת קנין אע"כ כמהרי"ט:

גם יש להקשות למהרש"א דעיין בירושלמי ביומא פ"ק סוף הלכה א' שמקשה על ר' יודא דאמר שמתקנין לו אשה אחרת שיקדש מאתמול, ותירץ דאז יש לו ב' בתים לכן מקדש ביה"כ ומקשה הא הוה קונה קנין בשבת ומתרץ אין שבות במקדש ע"ש לרמב"ס דחופה הוה יחוד הראוי לביאה הלא יה"כ אסור בתשמיש ולא הוה יחוד הראוי לביאה ובקדושין בלא חופה עדיין לא נקראת ביתו דביתו זו אשתו, ול"ל דעושה החופה מאתמול וביה"כ מקדש ולפמ"ש המשנה למלך פ"י מאישות דמוכח מרמב"ן וריטב"א דחופה

קודם קדושין מהכי שפיר יש לאמר כן, וקשה לפ"ז על ר"ה דאמר חופה קונה איך יפרנס המשנה ולפי מהרי"ט דלר"ה חופה קונה ואיכה גומרת ניחא דאף דחופה קונה לא נקראת ביתו עד שיקדש ביה"כ דאז בא הגמר ומאז נקראת ביתו, אבל למהרש"א דלר"ה חופה קונה וגומר קשה אם עושה החופה מערב יה"כ הא יש לו ב' בתים וביה"כ לא מהני החופה, אך בלא"ה נראה דלרמב"ם דסובר דבעי חופה הראוי לביאה ליתא לדברי המ"ל דחופה קודם קדושין לא הוה יחוד הראוי לביאה כל זמן שלא קדשה והרמב"ן והריטב"א שהביא המ"ל באמת לית להוא כהרמב"ם וסוברים כשיטת הר"ן דהכנסה לביתו הוה חופה, וקלת ראי' לשיטה זו מדאמרינן ביתו זו אשתו הייכו דעי' הבאת האשה לביתו נעשה אשתו, והנה אי ה' ענוים ביה"כ רק מדרבנן אסורים כשיטת הר"ן ר"פ יה"כ יש לאמר דחופה קונה ביה"כ דמה"ת הוה חופה הראוי לביאה ורק מדרבנן איכה ראוי' ואין שבות במקדש אך עיין בכתובות דף ו' ע"ב דפליגי שם לבעול בתולה בשבת ר"י ור"ש לר' יודא דסובר איכו מתכוין אסור הוה איסור דאוריתא לבעול בתולה בשבת משום חבורה ולר"ש א"מ מותר מה"ת ופ"ר ליכא דאפשר בהטיה לפ"ז עדיין קשה הלא על ר' יודא קיימינן דאמר דמתקנין לו אשה אחרת והכה"ג צריך לקדש רק בתולה וכיון דלר"י א"מ אסור הוה ביה"כ יחוד שאינו ראוי לביאה אף אי ה' ענוים מותרים מה"ת, עד שאפשר לאמר דר' מנא דאמר בירושלמי הלין דכנסין ארמלין כיון דקאי לר' יודא לא מבעי קאמר לא מבעי דבתולה צריך לכנוס בערב שבת ולא בשבת דהוה יחוד שאינו ראוי לביאה לר' יודא, אלא אף ארמלין צריך לכנוס בערב שבת דבשבת אסור משום קונה קנין דבאלמנה הוה יחוד הראוי לביאה, ואחר העיון נראה לענ"ד דאם החופה ביום שאינו ראוי לביאה ובלילה שאחריו תהי' ראוי לביאה הוה יחוד הראוי לביאה דהלא ביום אסור לשמש מטתו והתשמיש בלילה הוה ואז ראוי לביאה לפ"ז ביה"כ ובשבת הוה חופה הראוי לביאה דהא תהי' ראוי בלילה, ולפ"ז מדויק ליסנא דר' אסי בכתובות נ"ו דנקט נכנסה לחופה ופרסה נדה בזה רוצה לאשמעינן דאם היא נדה ביום ז' ותטבל בערב ותהי' ראוי לביאה אז הוה חופה הראוי לביאה אבל אם פרסה נדה ביום החופה ודאי אסורה גם בלילה ואז הוה חופה שאינה ראוי לביאה:

והנה מן הירושלמי שהבאתי הוכיחו תוס' ביומא דף י"ג דבאלמנה אין חופה קונה כ"א הביאה לפירוש ראשון שם ועיין בב"ש אה"ע סי' נ"ה סק"ד שאם האלמנה היתה נדה ביום החופה ובשבת טבלה אסור לבא עליה דהביאה הוה החופה וקונה קנין בשבת ע"ש ומזה נפשט לי ספק אחד שנסתפקתי אי צריכין ב' עדים בחופה כמו דצריכין ב' עדים בקדושין משום דאין דבר שבערוה פחות משנים, והנה לר"ה דחופה קונה כמו קדושין ודאי צריכי' ב' עדים, אך לדידן דאין חופה קונה רק גומרת יש לעיין אי ג"כ בעי ב' עדים דהוה בכלל דבר שבערוה, או נימא כיון דכבר קנויה לו ע"י קדושין ומה"ת ארוסה מותרת כמבואר בח"ה פי' מאישות ורק מדרבנן אסורה בלא חופה ובלא ברכה י"ל דא"צ עדים, אך עיין בשיטה מקובצת כתובות ז' ע"ב שמביא בשם שיטה ישנה דארוסה אסורה מה"ת לארוס שלה כמו שאסורה לאחרים מה"ת משום א"א וע"י החופה ניתרת לו מה"ת יש לאמר דבעי עדים, וגם מר"ה יש להוכיח כן דאמר חופה דגומרת כ"ש דקונה והלא חופה דגומרת א"צ עדים וחופה דקונה צריכה עדים אע"כ דגם חופה דגומרת צריכה עדים, אך ממעשה בכל יום באלמנה יש להוכיח דא"צ בחופה עדים דכונסין אלמנה לחופה אפילו בנדותה דלא הוה יחוד הראוי לביאה ולא הוה חופה ואחר ימים טובלת והוא בא עליה בלילה בלי ידיעת שום אדם והלא הביאה היא החופה ובעי עדים אע"כ דא"צ עדים בחופה, וי"ל דעיין בקדושין ס"ה דמש"ה לא מהני הודאת שניהם כמו בממון דהוה חיובא לאחרינא, אבל בנשואין דכבר נאסרה ע"י קדושין די בהודאת שניהם ועיין במשנה למלך פ"ב מיבום ה"ד שצריכים עדים בביאת יבם ע"ש אף שאינו אלא גמר שכבר זקוקה לו:

ו) בזמן הגמרא היו מארסין זמן רב י"ב חודש קודם הנשואין, ועתה מארסין תחת החופה קודם הנשואין על מה ולמה נשתנה הדבר?

נראה משום דבזמן הגמרא ישבו בתי דינים בכל עיר ועיר ביום ב' וביום ה' ואם היה לחתן טענת בתולים השכים לב"ד, לכן היו מארסין י"ב חודש קודם הנשואין ואם זנתה בעודה ארוסה ונאסרה עליו השכים לב"ד כשלא מלא בתולים. ועתה אין ב"ד יושבים בב' וה' ואם תזנה בעודה ארוסה עד שיבא לב"ד תתקרר דעתו לכן אין מארסין כ"א סמוך לחופה ואם נבעלה מקודם ארוסין לא נאסרה עליו ואין לו טענות בתולים גם י"ל לדעת ר' אחאי דבעי בברכת ארוסין עשרה כמו בברכת נשואין ואנחנו מפוזרים רבים יושבים בכפרים שאין שם עשרה מבני ישראל ואיך יברך ברכת ארוסין לכן ממתינים עד החופה דאז יערכו לאסוף י' אנשים ומברכין בפ"א ברכת ארוסין ונשואין, גם יש לאמר עיין באה"ע בסי' ב' שישתדל אדם לישא אשה הגונה שלא יהי' בה שום פיסול ע"ש ובזמן הגמרא היה אפשר לגרש בע"כ אם מלא בה שום פסול בשעת הנשואין, אבל מעת שהחרים רגמ"ה שלא לגרש בע"כ יש לחוש שימלא בה אחר הארוסין שום פסול

ולא

ולא יהי' בידו לגרשה לכן משדכין בתנאים י"ב חודש קודם הנשואין וקודם האירוסין ובתוך הזמן יחקור היטב עליה ועל משפחתה ואם יודע לו איזה דבר יוכל לחזור מהשידוך, גם לפמ"ש תוס' בקדושין ר"פ האיש מקדש ומובאים דבריהם בהג"ה באה"ע סי' ל"ז סעי' ח' שיש לחוש ע"י הגלות המר שלא יהי' סיפק בידו כשיגיעו זמן נשואין ליתן לה הנדוני' שקיבל האב ותשאר עגונה שיניח אותה לישב עד שתלבין ראשה, ואם יגרש אותה תפסל עכ"פ לכהונה לכן רק משדכין, ועוד י"ל הלא הרבה דינים תלוים בקדושין וע"י הגלות המר נשתכחה התורה מאתנו רובא דרובא אינם בני תורה ויש לחוש להרבה מכשולים אם יקדשו תחלה לכן רק משדכין ומקדשין בשעת חופה אז קוראין לת"ח שיודע בטיב קדושין והוא מסדר הקדושין ומברך וקורא הכתובה ונעשה הכל כדין:

והנה בשעת האירוסין מברכין ברכת אירוסין, ומבואר ברמב"ם פ"ג מה' אישות שהמקדש מברך כמו בכל מצות, וע"ש בהגה"מ סי' ט' שכ' דבארץ מערב המקדש מברך כמ"ש הרמב"ם אבל במלכות אלו אין המקדש מברך אלא אחר, ועיין באה"ע סי' ל"ד סעי' א' שכ' המחבר כרמב"ם והרמ"א כ' י"א דאחר מברך שמ"ג, וכ' שם הב"ש סק"א שלא לבייש מי שאינו יודע לברך בשם פרישה וכן נמצא בכל בו סי' ע"ה ע"ש ונראה בזה, חז"לפטרו את החתן מקריאת שמע שהוא מצות עשה דאוריתא משום שטרוד טרדא דמצוה אודות הביאה, לכן ג"כ לא יברך ברכת אירוסין שאינו יכול לכוון מחמת טרדתו, אך כל זה אם האירוסין הם יחדיו עם החופה אבל אם מארס זמן רב קודם אין כאן שום טרדא אצל החתן כיון דליכא זמן ביאה, לפ"ז בארץ מערב יש לאמר היו מקדשין זמן רב קודם חופה לכן המקדש מברך, אבל בארצנו שמקדשין ביום החופה דיש טרדא לחתן אחר מברך, ועיין בהרב המגיד שם שמביא בשם הירושלמי שאין מברכין בקדושי ביאה ונדחק ה"ה דמברכין רק כשהמצוה לפניו ובעת שהוא עושה במטה אינו ראוי לברך משום ערות דבר ע"ש ולפמ"ש יש לאמר משום דאז טרוד טרדא דביאה ואין דעתו מיושבת לברך, ולפ"ז אם החתן יודע שכלתו היא נדה ותטהר ותטבול רק אחר כמה ימים אין כאן טרדא דביאה ואפ"ה אחז"ל שפטור מק"ש ואמאי יפטור ויהי' ראי' לרמב"ם דחופת נדה אינה קונה כלל ושפיר אמרו חז"ל דחתן פטור מק"ש ע"ש ברמב"ם שכ' ואם קידש ולא ברך לא יברך אחר הקדושין שזו ברכה לבטלה מה שנעשה כבר נעשה ע"ש והנה הא תינח אם העשה דקדושין נגמר לגמרי אחר שקידש כמ"ש הרמב"ם פרק א' מאישות ה' ב', אבל ע"ש בכ"מ שמביא בשם רבנו מהר"א דגם הרמב"ם מודה שהמצוה לא נגמרה בקדושין כ"א התחלה הוא ונגמר נעשה ע"י החופה ע"ש קשה למה לא יברך אחר שקידש הלא בכל המצות אם לא ברך עובר לעשיתן יכול לברך כל זמן שלא נגמרה המצוה דהא מברך להכניסו בבריתו של"א בין חיתוך לפריעה וכן בכל מקום, ועיין במשנה למלך שם שתמה על הריב"ש שכ' דמברך אחר האירוסין והוא תמה עליו הגע עצמך דבברכת הנהנין אם אכל אינו מברך ע"ש ואין דמיונו עולה יפה התם כבר נגמרה ההנאה כשאכל, אבל בקדושין לא נגמרה המצוה עד אחר החופה ושפיר מברך כמו בבהמ"ז שמברך כל זמן שלא נגמר העיכול, ועיין בכל בו סי' ע"ה ובהגה"מ פ"ג מאישות שהביאו בשם הרר פרץ מארפת שרבנו יחיאל מפאריז היה נוהג ומנהיג שיברך החתן אקב"ו לקדש את האשה ע"ש ולדידי' החתן מברך לקדש האשה ואחר מברך ברכת אירוסין הנזכרת בגמרא, אך ראה זה חדש הוא נגד כל הראשונים בכתובות ז' הרא"ש והר"ן והריטב"א וחבל נביאים שמביא השיטה מקובצת שם כולם מקשים למה אין החתן מברך אקב"ו לקדש אשה ותירצו תירוצים שונים, הרא"ש תי' דיכול לקיים פו"ר בפלגש בלא קדושין ושאר ראשונים תירצו משום שעדיין לא נגמרה המצוה ע"י הקדושין ואין מברכין על חלי דבר ע"ש ולר' יחיאל א"ל לכל התירוצים דהא באמת מברך ברכה אקב"ו לקדש אשה, ועיין בלבוש אה"ע סי' ל"ד שכתב שברכת אירוסין היא ברכת הנהנין על האשה שנתארסה לו בין קדשה ע"י עצמו בין קדשה ע"י שליח ע"ש ודבריו תמוהים הלא בברכת הנהנין רק מי שנהנה בעצמו יכול להוציא אחרים שג"כ נהנין, אבל אם אינו נהנה בעצמו א"י להוציא אחרים ובברכת אירוסין איך אחר מברך כיון שאינו נהנה אע"כ דהוה ברכת מצוה ובמצוה יכולים להוציא אחרים אף אם המברך כבר יצא, ורק להרמב"ם דהחתן מברך אפשר לאמר כהלבוש, ומצאתי ברוקח סי' שנ"א שכ' שהמברך ברכת אירוסין ונשואין שותה מכוס של ברכה והחתן והכלה ולדבריו גם המברך נהנה וי"ל כהלבוש אך אצלנו אין המנהג כן כ"א רק החתן והכלה שותים, והא דבאמת אין המברך שותה יש לאמר שלא נטעה לאמר כהלבוש דהוה ברכת הנהנין, ועיין בלבוש שם סעי' ג' כתב הוא בעצמו דהוה ברכת מצוה, ועיין היטב בסוף פ"ג דראש השנה:

ז) מלבד ברכת ארוסין צריכין עוד לברך ז' ברכות אחר הקדושין ונקראות ברכות נשואין, והרבה דינים יש בהן כאשר נבאר:

בכתובות דף ז' ע"ב פליגי ת"ק ור' יודא, לת"ק אין מברכין ז' ברכות בשעת ארוסין כ"א בשעת נשואין ולר"י מברכין מיד בשעת ארוסין עמ"ה וע"ש בהפלאה שהק' לת"ק עכל"ל דבועז שמשם למדין דבעי ז' ברכות

נשא

כשא רות מיד דבאירוסין אכתי אין מברכין ז"ב, ואיך נשאה הלא בתביעה ליכנס צריכה לספור ז' נקיים שמא מחמת חימוד ראתה ולהרמב"ם דסובר דבעי יחוד הראוי לביאה הלא לא היתה ראויה לביאה ע"ש והעלים עינו ממה שכ' הרמב"ם בפ' י"א מה' איסורי ביאה ה' יוד דמותר לת"ח לישא אשה מיד אחר שתבעה ותספור אחר הנשואין וע"ש בה"ה שכ' דלא דמי לחופת נדה כיון דמה"ת מותרת ואינו אלא מדרבנן אינה חופה דאיסורא ע"ש ובועז ת"ח היה ושפיר נשא את רות מיד כשתבעה וקנאה בחופה, ועוד זאת הלא מבואר שם ברמב"ם דבעי ת"ח שיודע שאסורה לו ויזהר מלבא אליה, אבל מי שאינו ת"ח לא ידע ע"ש וכמו שאי' יחוד בפנוי' הי' רק מזמן דוד ובועז שהיה אבי זקנו של דוד לא נאסר עדיין ביחוד וה"נ לא היתה הגזרה של תביעה להנשא שצריכה ז' נקיים אז בימי בועז רק אח"כ, וגם מה שמקשה שם מגיטין פ"א דאם המגרש לן עם גרושתו בפונדק אם יש עדי יחוד חיישינן לקדושין דא"א עושה בעילתו בעילת זנות והלא בכל אופן עבד איסורא כשבעל דשמא מחמת חמוד ראתה ע"ש לק"מ דרק אם עובר בבעילתו אי' דאורי' אז ליכא חזקה דאינו עושה בעילתו בעילת זנות, אבל בתביעה להנשא אינו אלא חומרא דרבנן שמא ראתה ואפ"י אם ראתה כ' ה"ה שם כיון דלא הרגישה אינה אסורה מה"ת ועדיין איכא חזקה שלא יבעול בעילת זנות ויעבור אי' דאוריתא. ועיין בב"י אה"ע סי' ס"ב שכ' בשם הרמב"ן וכן כ' הר"ן בפסחים דף ז' דמש"ה צריכין לברך ז' ברכות קודם החופה משום דכלה בלא ברכה אסורה לבעלה כנדה וחופה בעי יחוד הראוי לביאה ע"ש עיין ברמב"ם בפרק י' מאישות ה"ו שאם כנס לחופה ולא ברך הוה נשואה גמורה ברכות אינן מעכבות כמ"ש ה"ה שם והוה בלא ברכה חופה הראוי לביאה, גם הלא הבאתי הרמב"ם מפי"א מאיסורי ביאה שכ' בתביעה להנשא כיון שז' נקיים שצריכה לספור רק מדרבנן הם הוה חופה הראוי לביאה וכמ"ש ה"ה שם ה"נ לענין ז"ב אף להנך ראשונים שהברכות מעכבות ואוסרות לבעל כיון דכל האיסור רק מדרבנן הוה חופה ראוי לביאה:

ועיין במקנה באה"ע סי' ס"ב סעי' א' שתמה שם על הב"ש שכ' דעיקר החופה הוה היחוד שמיחדים חתן וכלה אחר החופה ואוכלין בצנעא, הלא הוה הפסק ע"י ההליכה מהחופה לבית של חתן וכלה ויותר תמה באלמנה דלכ"ע בעי יחוד הראוי לביאה לחופה הלא הליכה הוה הפסק בין ז' ברכות דתחת החופה עד שמיחדים יחוד הראוי לביאה ע"ש ונראה כמו שכתבו הרא"ש הביאו הטור אה"ע סי' ל"ד והר"ן בפסחים ז' כיון דברכת נשואין אינן אלא שבח והודיה לה' ולא ברכה על העשית המצוה יכולים לברך גם אח"כ ולא בעי עובר לעשיתן ע"ש ה"נ יכולים לשבח ולהודות לה' אף כשיש הפסק בין ברכה זו לעיקר החופה ע"י ההליכה, ובזה מסולק נמי מה שהק' שם המקנה בסעיף ג' שמברכים בב' חתנים דמקדים ברכות נשואין לקדושין של חברו ולא מצינו ברכת נשואין קודם קדושין ואם יכוון לפטור בברכת ארוסין גם השני הא הוה ברכת נשואין הפסק בין ברכת ארוסין לקדושין דשני ע"ש ולפמ"ש אין קפידא אם יש הפסק ומה שמחליט שם המקנה דלא מצינו ברכות נשואין קודם לברכת ארוסין, לפי המשנה למלך בפי' מאישות בשם הרמב"ן והריטב"א דחופה קודם קדושין מהני ע"ש הלא בשעת חופה מברכין ברכת נשואין ואח"כ כשמקדש מברכין ברכת ארוסין ומוכח דיכולים להקדים, וע"ש במקנה שכ' אף דילפינן מבועז דבעי עשרה לברכת נשואין אם ליכא עשרה לא יבטל מפו"ר כ"א יקדש אותה וישא אותה לפלגש ואז א"צ ברכה ע"ש והעלים עינו ממה שהביא הב"ש בסימן כ"ו סוף סק"ב בשם הרמב"ן דאם מקדש אותה אמרה תורה שיכנוס אותה לחופה ויברך ז' ברכות אבל פלגש א"צ ברכה וקדושין ע"ש מבואר דאם מקדשה ע"כ צריך לברך ז"ב ורק אם לוקח אותה לפלגש בלא קדושין א"צ לברך, וע"ש בסי' ס"ב סעי' ב' בבית מאיר שתמה שם איך מתירין לישא לאדם כמה נשים בבת אחת ולברך ברכה אחת על כולן הלא אין מערבין שמחה בשמחה כמו שאין נושאין נשים במועד אף בלא סעודה דהנשואין בעצמן גורמין השמחה ע"ש ונראה דרק אם שמחה אחת קדמה לשני' כמו שהי' ביעקב דמשם למדין ונאמר לבן מלא שבועה זאת דאין מערבין שמחה בשמחה, התם בבקר הכיר יעקב שהיא לאה ובא ללבן ואמר למה רמיתני אז כבר התחילו ז' ימי משתה של לאה לכן אמר לו לבן מלא שבוע זאת שלא יבא להשיג הגבול של שמחה ראשונה, וכן מה"ט אין נושאין נשים במועד דמיד במוצאי יו"ט הראשון חלה שמחת המועד אין לבא בגבול המועד בשמחת נשואין אבל כשנושא כמה נשים בבת אחת תחת חופה אחת ומברך ברכה אחת לכולן שהשמחות חלות כאחת י"ל דמותר, אך הלא האי דיכול דנושאין הרבה נשים כאחת מקורו ברמב"ם פ"י מאישות ולשיטת הרמב"ם שם דחופה הוה יחוד הראוי לביאה אי אפשר לעשות חופה להרבה נשים כאחת כיון שצריך ליחד עם כל אחת יחוד הראוי לביאה וא"א שתהי' גם אשה אחרת שם וע"כ בזה אחר זה וקשה על הרמב"ם אבל לדינא דלא קי"ל כהרמב"ם שפיר אפשר לעשות חופה לנשים רבות כאחת:

וברכת נשואין מברכין בשעת החופה וביום ראשון בסעודה ראשונה ואם לא אכלו סעודה ראשונה ביום החופה כ"א בלילה שאחריו מברכין בכל אופן אף אם ליכא פנים חדשות וביום שני עד סוף ז' ימי משתה אין מברכין כל ז' ברכות אלא בפנים חדשות, אבל שמחה במעונו ואשר

בלא שמן ושמחה מברכין אף בלא פנים חדשות ונשאל אמ"ו בח"ס אה"ע סי' קכ"ב באם היתה הכלה בעת החופה נדה או שחלתה ולא היתה ראוי לביאה ונתעכב הדבר עד אחר ז' ימי משתה וטבלה אח"כ אם לברך אז קודם בעילת מצוה ז' ברכות וע"ש שצדד אמ"ו לאמרן אך למעשה כ' שאין לברך ז' ברכות עש"ה והנה בהגהת אשרי בכתובות פרק ה' בסי' ו' מביא בשם ספר המקצעות שתיקנו רבותינו הגאונים כיון דפסקו ז' נקיים מכניסין אותה ומברכין ברכת חתנים והוה לה חיבת חופה וחיבת ביאה בהדדי ע"ש דמבואר דמברכין כשתטהר ותטבול אחר ז' נקיים אך יש לאמר דהמקצעות סובר כהרמב"ם דחופה הוה יחוד הראוי לביאה וכיון דהיתה נדה בעת החופה עדיין לא היתה חופה ובעת שתטבול אז הוה עיקר החופה, יחוד הראוי לביאה לכן ראוי לברך אז בשעת עיקר החופה, ועדיין יש לאמר לדינא דקי"ל דלא כרמב"ם והוה עיקר החופה אז ולא בעת שתטבול אין לברך, אך לפ"ז למה מחליט אמ"ו בכל נשים שלא לברך עכ"פ בכלה אלמנה דלכ"ע באלמנה בעי יחוד הראוי לביאה כדמוכח מהירושלמי ולמקצת פוסקים בעי ביאה ממש אם היתה נדה בעת החופה ולא טבלה כ"א אחר ז' ימים אז הוה עיקר החופה ביחוד הראוי לביאה וצריכין לברך אז ז"ב, ורק בבתולה אין לברך אחר ז' ועיין ברבנו ירוחם חלק חוה נתיב כ"ב ח"ב אם ברך ז"ב בעיר אחת והלך עם כלתו לעיר אחרת אעפ"י שנשתהה זמן מרובה בדרך עושה חופה בעיר שבא שמה ונוהג שם ז' ימי משתה ונקרא ברכת חתנים בבית חתנים ע"ש שכ' כן בשם תוס' ולמה יגרע כשפרסה נדה משעת החופה מטלטול הדרך זמן מרובה שמברך כשבא לעיר אחרת ז"ב, מה לי אם טלטול הדרך מונע השמחה מה לי אם פריסות נדה מונע שמחת חתן וכלה כיון שאסורה עליו ואינו יכול לנגוע בה אין כאן שמחה ולא אהבה ואחוה ורעות עד שתטבל והי' ראוי לברך אז:

והא דאמרינן דמברכין ז"ב כל ז' דוקא בבתולה אף שהוא אלמן, או באלמנה אם החתן הוא בחור אבל באלמן שנשא אלמנה אין לברך ז"ב כ"א יומא קמא, ואם לא אכלו הסעודה הראשונה ביום החופה כ"א בלילה שאחריו כ' רבנו ירוחם נתיב כ"ב ח"ב דאין לברך עוד ז"ב כיון ששניהם כבר טעמו טעם ביאה ליכא חבה כל כך, ועלה בדעתי שיש לאמר מה שהוכיחו תוס' ביומא י"ג וכל הראשונים והפוסקים מהירושלמי ביומא פ"ק סוף הלכה א' דקאמר הלין דכהנין ארמלין צריך לכונסן מע"ש שלא יהי' קונה קנין בשבת דבאלמנה אין החופה של בתולה קונה וצריך ליחוד הראוי לביאה דוקא ומע"ש ולהרמב"ם דבבתולה בעי יחוד הראוי לביאה עכל"ל כפירש הראשון של תוס' יומא דבאלמנה בעי ביאה ממש ע"ש דיש לאמר כונת הירושלמי אם שניהם החתן והכלה המה ארמלין ששניהם נתארמלין כיון דמחולקים בברכת נשואין שאין מברכין אצלם רק יום אחד משום ששמחתם מעוטה היא, ה"נ חלוקים בחופה עצמה דאצלם בעי יחוד הראוי לביאה לעורר שמחתם וחיבתם אבל בבחור שנשא אלמנה שוה לבתולה בברכת נשואין דמברכין כל ז' ה"נ שוים לענין החופה ולא בעי יחוד הראוי לביאה ובזה מתורץ קושי' תשו' פני יהושע באה"ע סי' ג' שהקשה איך אמר רב ביבמות כ"ז יש חופה לפסולות הלא שם קיימינן על המשנה באלמנה לכה"ג ובאלמנה אין חופה אלא ביחוד הראוי לביאה ע"ש דיש לאמר בכה"ג שהוא בחור עדיין והיא אלמנה דמהני החופה כמו בבתולה, ועיין בנוב"י תנינא אה"ע סי' כ"ב שנשאל בנואף שנשא בעולתו לדידיה מה דינם, מי נימא דנחשבו כאלמן שנשא אלמנה כיון דשניהם כבר טעמו טעם ביאה והוא נוטה דעתו דשוים ואין מברכין ז"ב רק ביום ראשון ע"ש ולפי דבריו יש לדמות למי שמחזיר גרושתו דעיין בתשו' הרדב"ז ח"ג סי' תקס"ז שמביא בשם רב האי גאון ורבנו אפרים שאין מברכין במחזיר גרושתו רק ברכת ארוסין ולא ברכת נשואין ע"ש ה"נ כיון שבא עליה כמה פעמים מחשבינן כמחזיר גרושתו שאין לברך כלל ברכת נשואין כ"א ברכת ארוסין, גם היה מקום לאמר כמו שמותר להחזיר גרושתו במועד דליכא שמחה אצלם ה"נ כשנושא אותה שבא עליה הרבה פעמים, ועיין באבודרהם בברכת נשואין שמביא בשם שו"ת רי"ף דגם במחזיר גרושתו מברכין ברכת ארוסין וברכת נשואין, ועיין בתשו' אמ"ו בח"ס אה"ע סי' קכ"ג שחולק על הנוב"י שהבאתי:

ח) בקדושין לבד עדיין לא הוה אשתו כי אם עד שתכנס עמו לחופה:

בקדושי כסף או קדושי שטר פשיטא דאין עושין אלא ארוסין ולא הוה אלא ארוסה ולא נשואה ואם מתה אינו יורשה, ולא מטמא לה כשהוא כהן ואינו יכול להפר נדריה בלבד כ"א עם האב יחדיו, אך בקדושי ביאה מספקא לן בקדושין דף י' אי ביאה ארוסין עושה או נשואין עושה והוה בעי דלא אפשטא ע"ש לפ"ז יש מקום לאמר דרק בקדושי כסף ושטר דאין עושין אלא ארוסין צריכין אח"כ לחופה שתעשה נשואה, אבל בקדושי ביאה אי נשואין עושין א"צ כלל לחופה אך עיין בהרב המגיד בפרק יוד מה' אישות שכ' שם בהלכה א' אף אם ביאה נשואין עושה בכל זאת רק לירשה ולטמא לה ולהפר נדריה אבל עדיין אסורה בביאה עד שתכנס לחופה ע"ש לפ"ז גם בקדושי ביאה צריכין לחופה, אך בכל זאת יש חילק, בקדושי כסף ושטר החופה אח"כ מן התורה, דלא קנאה עדיין בקדושין

לענין

לענין הפרת נדרים לבדו, ולענין לטמא לה כשהוא כהן וע"י החופה קנאה לכל, אך בקודשי ביאה אי נשואין עושין קנאה מיד ליורשה ולטמא לה ולהפר נדריה, רק שעדיין אסורה בביאה ולפי מה שכ' ה"ה שם דבארוסה כל אי' ביאה רק מדרבנן ומה"ת מותרת בביאה א"כ לחופה רק מדרבנן להתירה לביאה שאסורה מדרבנן, אך עדיין יש באפשר לר"ה בקדושין דף ה' דסובר חופה קונה ור"ח ורי"ף לפמ"ש הר"ן ריש קדושין חוששין לדברי ר"ה דחופה קונה ולפי מה שכ' המהרש"א שם דלר"ה אי חופה קונה ע"כ גם גומרת עש"ה לפ"ז די בקנין אחד כשמקדש בחופה דקונה וגומרת ואז א"צ לעשות חופה שני' אחר הקדושין, אך ע"ש במהר"י עראכי על הרי"ף שחולק על המהרש"א ומוכיח דגם לר"ה חופה רק ארוסין עושה ולא נשואין ותמה על ר"ה לשיטת הרי"ף והרמב"ם דלר' אשי בכתובות נ"ו חופה שאינה ראוי לביאה אינה קונה לשום דבר איך אמר ר"ה דחופה קונה הלא הוה חופה שאינה ראוי לביאה דעדיין ארוסה היא וארוסה אסורה בביאה וקיים שם דלר"ה באמת לא בעי חופה הראוי לביאה אבל לר' אשי דחולק וסובר דבעי חופה הראוי לביאה ליתא לדר"ה וחופה אינה קונה ע"ש ולמהרי"ט גם לר"ה דחופה קונה צריכין חופה שני' לגמור, אך יש להקשות כקושי' תוס' בקדושין דף ה' ע"ב מאי אולמי' דהאי חופה מהאי חופה כקושי' מהרש"א שם, אך לרי"ף ביבמות נ"ה ולרמב"ם פי' מאישות דביאה אחר קדושין גומרת י"ל דאם קידש בחופה יגמור בביאה אחר החופה, אך לפ"ז לא קשה קושיתו על ר"ה דהוה חופה שאינה ראוי לביאה הלא בידו לבעול מיד אחר החופה לשם נשואין, וצריך לאמר דקושיתו היא לרמב"ן וריטב"א בקדושין דף י' שהשיגו שם על הרי"ף דבכל מקום מצינו רק דחופה קונה אבל ביאה אינה גומרת ע"ש ושפיר הקשה דכיון דביאה אינה גומרת, וחופה אחר החופה לא שייך דמאי אולמי דהאי חופה מהאי חופה והוה חופה שאינה ראוי לביאה ומכח קושי' זו הוכיח דר"ה סובר דלא בעי חופה הראוי לביאה, וק' לי עליו מיבמות נ"ז דפליגי שם רב ושמואל רב סובר יש חופה לפסולות ושמואל סובר אין חופה לפסולות וע"ש ברש"י דפליגי בחופה בלא קדושין וכ' תוס' שם לרש"י ע"כ רב ושמואל סוברים כר"ה דחופה קונה ע"ש וק' לשמואל דאיך אפשר שיסבור כר"ה הלא הוא סובר אין חופה לפסולות דבעי חופה הראוי לביאה, ואיך אפשר שיסבור כר"ה דחופה קונה הלא לר"ה עכצ"ל דלא בעי חופה הראוי לביאה, לכן נראה דבלא"ה לא ק' קושי' מהרי"ט על ר"ה דעיין בהרב המגיד בפ"א מה' איסורי ביאה ה' יוד שכתב דכיון דרק מדרבנן בעינן ז' נקיים בתבעוה ליכנס הוה חופה הראוי לביאה דרק כגון חופת נדה דאינה ראוי מה"ת הוה חופה שאינה ראוי לביאה, ועיין בהרב המגיד פרק יוד מאישות ה' א' שארוסה מותרת מה"ת לביאה, רק מדרבנן אסורה ע"ש לפ"ז הוה חופה שקונה לר"ה חופה הראוי לביאה דע"י שנעשה ארוסה בחופה מותרת לו מה"ת לביאה ושפיר חופה קונה ולעולם י"ל דר"ה ג"כ סובר דבעי חופה הראוי לביאה, ולמהרש"א דלר"ה חופה קונה וגומר ביחד בלא"ה לא ק' קושי' מהרי"ט דמיד אחר החופה הוה ראוי לביאה ולדעתי אם נימא כמהרש"א דלר"ה חופה קונה וגומר עכצ"ל דר"ה סובר ביאה נשואין עושה, דהא חופה אינה אלא קירוב או כהתחלת ביאה כמבואר ברש"י יבמות נ"ז על רב שם ועיין בכתובות נ"ז ע"א ואי המקדש בביאה ממש רק ארוסין עושה איך נימא דחופה הגרועה מביאה כשמקדש בחופה שתעשה קנין וגמר ביחד וכי עדיפא מביאה ממש, ואפשר לאמר דרב ושמואל בהא פליגי רב סובר חופה קונה וגומר, ושמואל סובר כש' מהרי"ט דחופה רק קונה ואינה גומרת וקאי אסיפא אנתארמלה או נתגרשה אחר החופה לרב פסולין לתרומה משום דחופה גומרת והוה מן הנשואין דפסולין לכ"ע לתרומה ולשמואל דחופה רק קונה ואם נתאלמנה מן הארוסין כשרה לכ"ע בתרומה:

ויש לעיין על הרב המגיד שהבאתי לעיל שכ' בפי' מאישות אף אם ביאה נשואין עושה היינו רק לענין ירושה וטומאה והפרת נדרים אבל בביאה אסורה עד שתכנס לחופה ע"ש אם נימא כן גם אם בעל אחר קדושין לשם נשואין דלרי"ף ולרמב"ם ביאה גומרת וביאה נשואין עושה דנימא ג"כ דרק מה"ת לענין הפרת נדרים ולטמא לה הוה נשואה, אבל בביאה גם בכה"ג אסורה עד שתכנס לחופה דוקא, ובזה מדויק לישנא דרמב"ם בפרק יוד מאישות בה"א שכ' שם עד שיביא אותה לביתו ויתיחד עמה ויפרישנה לו ויחוד זה הוא הנקרא כניסה לחופה ע"ש ויש לדייק דמתחיל בתרתי בכניסה לביתו וביחוד ומסיים ויחוד זה נקרא חופה למה לא אמר ושניהם יחדיו נקראו חופה, ולדברי ה"ה שמחלק בין נשואין דאורייתא דמהני ביאה ובין היתר ביאה דבעי דוקא חופה אף שהיא נשואה ע"י ביאה ה"נ י"ל ע"י כניסה לביתו הוה נשואה מה"ת לכל מילי כמו שכ' הר"ן ריש כתובות מדכתיב אם בית אשה נדרה, אבל שתהי' מותרת לביאה בעי דוקא חופה שחז"ל אסרו הביאה עד שתכנס לחופה וע"ז כ' הרמב"ם ביחוד אחר כניסה לביתו הוה החופה להתיר הביאה ולכל דברים שהם מדאורי' נעשה נשואה בכניסה לחודא, ובזה מתורצת קושי' הר"ן ריש כתובות על הרמב"ם שפסק בפי' מאישות דחופת נדה אינה קונה דבעי חופה הראוי לביאה והלא הרמב"ם פוסק כרב דיש חופה לפסולות ע"ש די"ל דר' אשי דמספקא ליה בכתובות נ"ו אי בעי חופה הראוי לביאה היינו דוקא להתיר איסור ביאה בארוסה אבל לעשות אותה נשואה דא"ל יחוד

רק הכנסה לביתו מודה ר' אשי דגם בנדה מהני ושפיר אמר רב יש חופה לפסולת דלסלק איסור הביאה לא שייך בפסולת דהא נשארות באסורן ורק לעשות אותן נשואות לכל מילי דאוריתא מהני הכנסה לביתו וכיון דהוה נשואה נפסלה בתרומה, ומיושב גם קושי' חלקת מחוקק בסי' ס"א שתמה על הרמב"ם מכתובות כ"ו דר' אבין שם ודאי לא קאי לכל מילי דבזה ודאי לא בעי ביאה וכיון דר' אשי א"ר אבין קאי איך כימא דבעי שלו לכל מילי ע"ש ולפמ"ש גם ר"א לא קאי אלא לענין היתר ביאה ולא לשאר דברים, ושפיר מייתי ר' עמרם ביבמות כ"ח סייעתא מסוטה דקונה אותה לנשואין דאוריתא להפרה ולטמא לה ונקראת תחת אישך, ולפמ"ש גם לרי"ף ולרמב"ם אף שיוכל לגמור ע"י ביאה ונעשה נשואה בכל זאת בעי חופה שתהי' מותרת בביאה, ועיין בתוס' ביומא דף י"ג שפירשו תחלה בירושלמי דבאלמנה בעי דוקא ביאה וחופה לא מהני ובפי' שני שם כתבו דמהני חופה באלמנה רק דבעי יחוד הראוי לביאה ע"ש דבפי' ראשון סברי כהרי"ף והרמב"ם דגם ביאה גומרת ושפיר י"ל באלמנה הביאה שבועל אותה לשם נשואין גומרת הנשואין דאוריתא, אבל בכל זאת מכניסין האלמנה לחופה ג"כ שתהי' מותרת לביאה כמו שכתבתי לעיל, ובפי' שני סוברים כהרמב"ן והריטב"א בקדושין יו"ד דחולקים על הרי"ף דביאה אינה גומרת כ"א חופה וע"כ גם באלמנה חופה גומרת רק דבעי יחוד הראוי לביאה:

ועיין בר"ן בקדושין יו"ד וברמב"ן וריטב"א שם שהקשו על הרי"ף שתירץ ביבמות כ"ה דגז"ש דקיחה קיחה דהעראה קונה קאי אם עושה העראה לגמור ולא לעשות תחלת קנין דביאה גומרת, והקשו הלא הוה ביאה דאסורה דארוסה אסורה וביאת איסור לא קני' ע"ש ויש לעיין הלא הרמב"ם בפי' מאישות ה"א כ' דארוסה רק מדרבנן אסורה לארוס ולא מה"ת ולכן כ' רש"י בכתובות ז' ע"ב הביאו שם בשיטה מקובלת וכן הריטב"א שם מובא ג"כ בש"מ כולם דרק מדרבנן ארוסה אסורה בביאה ע"ש ושפיר תירץ הרי"ף על קושיתו מקדושין י' דשם אמרינן דרק גמר ביאה קונה בקדושין, דהג"ש דקיחה קיחה קאי אביאה לגמור דכיון דמה"ת ארוסה מותרת בביאה והוה ביאה דהתירא שפיר גומרת מה"ת אף בהערא', ובאמת השתא דאסרו חז"ל ביאת ארוסה באמת אי אפשר לגמור בביאה דהוה ביאה דאסורה, וכן יש לאמר גם בביאה לשם קדושין דעיין ברש"י הביאו השיטה מקובלת כתובות ז' ע"ב שכ' דארוסה ודאי מה"ת מותרת לביאה שהרי אף פנויה מותרת לו מן התורה כ"ש ארוסה ע"ש וכן כ' רש"י ביבמות דף ס"ט ע"ב ד"ה היכי דמי לפנויה אסורה לכ"ע משום דגזרו חז"ל על יחוד של פנויה ע"ש ועיין בראב"ד פ"א מאישות דפנוי' רק כשמפקרת עצמה לכל אדם אסורה מה"ת ועיין ברמב"ם

פ"ב מה' נערה בתולה שכ' ג"כ כן, וכיון דביאת פנויה מותרת מה"ת אמרה תורה לקדש בביאה המותרת, אבל השתא דגזרו חז"ל על ביאת פנוי' באמת אסור לקדש בביאה ולכן רב מנגיד מאן דמקדש בביאה דעבר אאיסור דרבנן, עד שיש לעיין לפי מה שכ' הסמ"ע בח"מ סי' ר"ח סק"ג מכתובות פ"א ע"ב דגם באיסר דרבנן אמרינן אי עבד לא מהני ע"ש דגם בדיעבד לא יהני הקדושין או הגמר ע"י ביאה דהשתא שגזרו חז"ל ועבד א"י דרבנן לא מהני, אם לא שנחלק דכיון שאמרה תורה שהקדושין והנשואין ע"י ביאה מהנו אף שאסרו חז"ל ביאת פנוי' וארוסה בכל זאת אי עבד מהני, ולפ"ז גם לרי"ף צריכין לחופה לגמור ואסור לגמור ע"י ביאה, אך לרמב"ם בפי' מאישות א"א לאמר כן דמלשונו משמע דיכולין לגמור בביאה ואף לרמב"ם משכחת דאינו יכול לגמור בביאה, אם קידש בביאה אז אמרינן מאי אולמיה דהאי ביאה מהאי ביאה ועיין בהרב המגיד בפ"י מאישות ה"א שכ' שיש להוכיח דביאת ארוסה רק מדרבנן אסורה' ממה שהיו מיחדין ביהודה עם הארוסות וע"כ דיחוד מותר ואי הביאה היה אסורה מה"ת גם היחוד היה אסור ע"ש הנה ה"ה מתיר היחוד בארוסה, ועיין ברש"י הביאו הש"מ כתובות ז' וכ"כ הריטב"א שם דמה שגזרו חז"ל על יחוד של פנוי' גזרה זו הניחו גם על הארוסה עד שתכנס לחופה ע"ש מבואר דבארוסה גם יחוד אסור דלא כה"ה, ולי קשה טובא על ה"ה שנדחק מאד להביא ראי' ממה שהיו מיחדין ביהודה, למה לא הביא גמרא ערוכה ביבמות ס"ט ע"ב דאמר שם רבא ב"ב לישנא שם דלהאי התירה ולכ"א אסורה דמבואר ברבא דארוסה לארוס שלה מותרת וע"ש בריטב"א שנדחק ואמר דלאו דוקא דמותרת לגמרי אלא דמן התורה מותרת, אבל חז"ל גזרו על הביאה של ארוסה ורק נגד כ"ע דאסורה אריסה מה"ת נקראת לגבי דידי' התירה ע"ש וע"ש ברש"י ד"ה היכי דמי שכ' שם ואע"ג דלדידי' אסורה ככ"ע דגזרו על יחוד של פנוי' וכ"ש ארוסה דלגבי ארוס היתר ע"ש ואף אם נדחק גם ברש"י כמ"ש הריטב"א בכל אופן מפורש דארוסה מותרת מה"ת לביאה לארוס שלה, וגם תמיה לי אשיטה ישנה בשם רא"ה ורשב"א שמביא השיטה מקובלת בכתובות ז' ע"ב שארוסה אסורה לארוס כמו אשת איש ע"ש איך העלימו עיניהם מרבא יבמות ס"ט ע"ב שהבאתי ועוד י"ל שהיה לו לרמב"ם ראי' ברורה דארוסה מותרת מה"ת דעיין ברמב"ם בפרק ב' מה' סוטה שכ' שאם בא ארוס על ארוסתו בבית חמיו אין המים בודקין דאינו מנוקה מעון והשיג הראב"ד עליו מר"פ ארוסה דלריכן קרא בארוסה שבא עליה הארוס בבית חמיו ע"ש וע"ש במשנה למלך שתירץ כיון דמה"ת ביאת ארוסה לארוס מותרת הוא מה"ת מנוקה מעון ולכן צריכין לקרא רק השתא

שאסרו

שאמרו חז"ל אינו מנוקה מעון אם בא האדם על ארוסתו ע"ש לפ"ז מוכח דארוסה מותרת מה"ת דאל"ה היה קשה למה לי קרא בארוסה הא אינו מנוקה מעון:

והנה הר"ן והרמב"ן והריטב"א בקדושין י' שכתבו דביאה אסורה אינה קונה יש לעיין לשמואל ביבמות כ"ז דסובר אין חופה לפסולות ע"י מה תעשה נשואה כיון דחופה לא קני' גבי פסולות ואי ע"י ביאה הלא ביאה דאסורה לא קני' דמה שתירץ הר"ן על הרי"ף דביאה לשם נשואין מותרת לא שייך בפסולת דלעולם אסורות מה"ת לביאה, והרמב"ן ביבמות שם הביאו השעה"מ בחופת חתנים סעי' ד' כ' דלשמואל ע"י ביאה נעשה נשואה ע"ש וק' הלא הוא עצמו כ' בקדושין יוד דביאה דאסורה לא קני' ולא גמרה, גם חולק שם על הרי"ף דרק חופה גומרת ולא ביאה ואיך כ' ביבמות לשמואל ביאה גומרת, והריטב"א ביבמות שם באמת מסיק דלשמואל כיון דאין חופה לפסולות לא שייך נשואין בפסולות הביאו ג"כ השעה"מ שם ותמה עליו למה לא כ' ע"י ביאה ע"ש ובאמת הריטב"א אזל לשיטתו דסובר בקדושין י' דביאה דאסורה לא גמרה ועוד זאת פליג על הרי"ף וסובר דאף בכשרות אין ביאה גומרת כ"א חופה, אך ק' טובא על הריטב"א איך יפרנס המשנה שם דתנן נתארמלה ונתגרשה מן הנשואין פסולה הלא בפסולות ליכא נשואין רק ארוסין ואפשר לאמר דמשום קושי' זו כ' רש"י ביבמות שם לפרש דרב ושמואל פליגי בחופה בלא קדושין דרק לעשות תחלת קנין סובר שמואל אין חופה לפסולות לקנות, אבל לגמור אחר קדושין מודה שמואל דיש חופה לפסולות כמו שמחלק הרי"ף לגבי הערלה דהערלה אינה קונה אבל גומרת אחר קדושין, והחולקים על רש"י סוברים דלא כר"ן דגם ביאה דאסורה קונה כמו שמאריך השעה"מ שם להביא ראיות נגד הר"ן, אך עדיין קשה על הר"ן והרמב"ן והריטב"א ואפשר לאמר דרב ושמואל פליגי בפלוגתא דרבא ואביי בתמורה ה' אי אמרי' כל מלתא דאמר רחמנא לא תעבוד אי עבד מהני, רב סובר כרבא דלא מהני וביאה דאסורה לא מהני ואיך תנן במתניתן בפסולות נשואין ע"כ דיש חופה לפסולות, ושמואל סובר כאביי דמהני לכן סובר אין חופה לפסולות אבל ע"י ביאה תעשה נשואה כמ"ש הרמב"ן לשמואל משא"כ בקדושין י' קאי אהלכתא דקי"ל כרבא וכרב שפיר כתבו דביאה דאסורה לא קני' ובפסולות הנשואין ע"י חופה דקי"ל כרב דיש חופה לפסולות אבל ע"י ביאה לא, ובכשרות דביאה גומרת להרי"ף והרמב"ם כ' הר"ן שם דרק כשבועל לשם נשואין הותרה הביאה ולכן גומרת ע"ש ובזה נראה מה ששאלתי במקנה בק"א באה"ע סי' ס"ד סעיף ה' דרק חופה שעושין לקנין אוסר הירושלמי בשבת אבל לבעול בשבת דהבועל בועל להנאתו ואינו מתכוון לקנות ואי דהוה פסיק רישא הלא המג"א בסי' ש"ד מתיר פ"ר בדרבנן ואיסור קנין בשבת אינו אלא אי' דרבנן עש"ה ולפי דברי הר"ן אין שחר לדבריו מש"כ אם אינו בועל לשם נשואין הלא הוה ביאה דאסורה ואינו קונה כלל, וע"כ צריך לכוון לשם נשואין ולגמור וזה אסור משום קונה קנין בשבת ובזה נראה נמי מה שכ' שם שמתנה עמה שלא יזכה בביאה זו בשום דבר עד שיתיחד עמה במוצאי שבת וכיון ששניהם אינם רוצים שיזכו בביאה זו שומעין להם ע"ש הלא כשמתנה שביאתו לא תהיה לנשואין הוה ביאתו ביאת איסור דרק ביאה לשם נשואין הותרה, ועיין בב"ש באה"ע סי' ס' סק"ב שתמה לפמ"ש הר"ן דביאה דאסורה לא קני' איך מספקא לי' לר' אמי בכתובות כ"ו אי חופת נדה קונה הלא אסור ליחד עם נדה והוה יחוד דאסורא ולא קנה ע"ש ולדעתי לא קשה מידי הלא הר"ן הקשה איך ביאה גומרת הלא ארוסה אסורה בביאה והוה ביאה דאסורה ותירץ אם בועל לשם נשואין הוה ביאה דהתירא ע"ש ה"נ י"ל ביחוד אף שאמרו חז"ל ליחד עם נדה דוקא בדבר רשות אבל אם מיחד עמה לשם נשואין לא אסרו היחוד והוה יחוד של היתר ורק מספקא לי' לר' אמי אי בעי יחוד הראוי לביאה דביאה של נדה דהוה בכרת ודאי בכל אופן אסורה, ועל הריטב"א יבמות כ"ז שהבאתי בסמוך שהק' למה לי לשמואל קרא שלא יטמא הכהן לאשתו פסולה הלא בפסולות ליכא נשואין ע"ש יש לאמר דצריכין קרא כשנעשה פצוע דכא אחר הנשואין או כרות שפכה דהנשואין היו בהיתר ועתה נאסרה אשתו עליו דאסור לטמאות לה, אך עיין בחלקת מחוקק באה"ע סי' ה' סק"א שאם הכהן הוא פצוע דכא או כרות שפכה בטלה מיני' קדושת כהן ומותר לטמא למתים לפ"ז ליתא למה שכתבתי, אך ע"ש בבית מאיר סק"א שחולק על הח"מ דרק לענין קדושת זווג אין לו דין כהן אבל לכל שאר דברים נשאר בקדושתו ואסור לטמאות, ויש לעיין לר' עקיבא דסובר אין קדושין תופסין בחייבי לאוין למה לי קרא דאסור לטמאות לאשתו פסולה הלא אין קדושין תופסין בה ולא הוה אשתו כלל, ולפמ"ש ניחא דמשכחת בכה"ג:

ט) החופה אי הוה מדאוריתא או רק מדרבנן ומה היא מהות החופה:

עיין בשער המלך בחופת חתנים סוף סעי' ה' שמשיג על מהר"א ששון שכ' דכל החופה אינה אלא מדרבנן, ותמה עליו השעה"מ שזהו דבר שאין הפה יכול לדבר הלא ע"י החופה מותר לכהן לטמאות לאשתו ויכול להפר נדריה שהם דברים של דאוריתא ע"ש וע"ש בטעם המלך שתמה על השעה"מ הלא בשיטה מקובצת בכתובות ז' ע"ב הביא חבל נביאים ובתוכם הרמב"ן והרשב"א שסוברים

דחופה היא רק מדרבנן ע"ש ותפסתי את הנביאים שם ויגעתי ולא מצאתי כ"א בהיפך הביא שם הש"מ שיטה ישנה בשם רא"ה ורשב"א שמבואר בדבריהם שחופה מדאורייתא היא, וגם מביא שם הרמב"ן שכ' דחופה היא מדאורייתא, רק הריטב"א כ' שם שיש מי שפירש בשם רש"י דחופה רק מדרבנן ומשיג שם דרק לענין אי' ביאה כ' רש"י דחופה מדרבנן דארוסה מותרת מה"ת בביאה אבל לענין טומאה והפרת נדרים ולענין חנק בא"א ודאי חופה מדאורייתא גם לרש"י וכן הביא שם הש"מ מהראב"ד ומרא"ה ורשב"א ומהרמב"ן דרק לענין אי' ביאה א"צ לחופה מה"ת, ולא ראיתי לאחד מן הראשונים שכתבו דחופה לכל מילי רק מדרבנן, ועיין בלבוש אה"ע ריש סימן נ"ה שכ' מכמה פוסקים למדנו שאין האשה נקנית להיות אשתו לגמרי ע"י אחד מדרכי הקדושין עד שישאנה ויכניסנה לביתו במערכי המלחמה כתיב מי האיש אשר ארש אשה ולא לקחה, וכן בנערה המאורסה חילק הכתוב בין ארוסה לנשואה וכן בהפרת נדרים ע"ש, אך בזה נחלקו הראשונים אודות מהות החופה מה היא החופה ויש בזה דעות שונות עיין בתוס' יומא דף י"ג ע"ב ד"ה ולחדא שכ' דבבתולה הוה היציאה בהינומא החופה משא"כ באלמנה בעי יחוד הראוי לביאה ע"ש ועיין בכתובות דף י"ז ע"ב מאי הינומא סורחב בר פפא אמר תנורא דאסא וע"ש ברש"י ר' יוחנן אמר קריתא דמנמנה בה כלתא פי' רש"י שם צעיף על ראשה משורבב על עיניה כמו שעושין במקומנו ופעמים שמנמנין בתוכו מתוך שאין עיניה מגולות ולכך נקרא הינומא על שם תנומה, ועיין בערוך ערך הנומא מסוה נתון על הפנים ומכסה העינים וכן נהגו הבתולות לצאת בו ע"ש ויש להסביר הדבר דעיין באה"ע סי' כ"א סעי' ב' לא תלכנה בנות ישראל פרועות ראש בשוק אחד פנוי' ואחד א"א וכ' הח"מ שם בסק"ב פנוי' בעולה איכה יוצאות פרועות ראש וע"ש בב"ש סק"ה שכ' אלמנה וגרושה צריכין לכסות ראשיהן וע"ש בדגול מרבבה שהביא מהירושלמי פ"ב דכתובות סוף הלכה א' ראי' דאף בעולה פנוי' צריכה לכסות ראשה, ועיין בתשו' שבות יעקב ח"א תשו' ק"ג שכ' דבעולה פנוי' ואלמנה מן הנשואין וגרושה מן הנשואין ואפילו נבעלה באונס צריכין לכסות ראשן, אבל בתולה אפילו נתארסה כבר ועדיין לא נשאת תוכל לילך פרוע ראש דלא כחוות יאיר סי' קל"ו וע"ש בחוות יאיר שכ' שבזמן הש"ס שהיו הארוסין זמן רב קודם הנשואין הלכו פרוע ראש ע"ש ועפ"ז נראה שהכיסוי שמכסין ראשה שמעתה תהי' נשואה ואסורה לילך עוד פרוע ראש שעד עתה אף שהיתה ארוסה היתה מותרת בפריעת ראש ועתה תהי' נשואה ומכסין את ראשה שמשעה זו אסורה לילך פרוע ראש מה"ת ולכן הוה בבתולה הכיסוי החופה לשיטת תוס' משא"כ באלמנה שאף מקודם הולכה לילך בראש מכוסה

וכן בגרושה ובבעולה איכה יוצאה בהינומא ואין מכסין את ראשה דאלכן אין הכיסוי סימן נשואין וצריכין חופה אחרת או יחוד הראוי לביאה או ביאה ממש כמ"ש התוס' שם, ועיין בב"ח אה"ע סי' ס"א שכ' שבשחרית ילך הרב עם החתן להכלה ויאחז בסודר לכסות ראשה כי זהו מסירת האב להחתן וזהו מה שכ' תוס' ביומא י"ג בבתולה הינומא הוה החופה ע"ש ולא אדע מדוע מכסין היום ראש הכלה ע"י הרב עם שאר קרואים ואין החתן עמהם שם הלא לפמ"ש הב"ח הכיסוי שמכסין את ראש הכלה משום שחוששין לדעת התוס' דהינומא הוה חופה ואי אפשר לעשות החופה בלי חתן ולמה אין עושין כמ"ש הב"ח שהחתן יאחז בסודר עם הרב לכסות פני הכלה ועיין בפרישה שם שכ' שיש ד' מחלוקות מה נקרא חופה לרמב"ם בעי תרתי כניסה לביתו ויחוד הראוי לביאה, ובר"ן ריש כתובות מביא ב' דעות או יחוד לחודא בלי הבאה לביתו, או הבאה לביתו לחודא, ודעת הטור והרא"ש שמביאין החתן והכלה למקום שמיחדין ומכינים להם בסדינים המצויירים וא"צ שיהי' בביתו וא"צ יחוד ואפילו בפני כל ע"ש ולא הזכיר כלל דעת תוס' ביומא י"ג דהינומא הוה חופה בבתולה, וע"ש בפרישה שכ' דחופה היינו כיסוי מלשון מחופה שהיא נכנסה לרשותו להיותה תחתיו והוא מכסה ומגין עליה כדכתיב ופרשת כנפיך על אמתך פי' רש"י שהוא לשון נשואין ע"ש והנה הרבה מהרבנים מקפידין לכסות ראש הכלה בצעיף של משי כפול וזהב על גבו והצעיף הזה צריך להיות על ראשה ועל פניה עד אחר החופה אף שהעדים שעומדים בשעת הקדושין אין יכולים לראות פני הכלה כי הצעיף עב מרוקם בזהב תלוי על כל פניה ולא יראו מי הוא המקודשת ועיין במבי"ט ס' רכ"ו שפסק שאם לא ראו העדים פני הכלה בשעת קדושין אין שום ממש בקדושין כיון שלא ראו מי המקודשת ואף אם אח"כ גילוי פניה וראו אותה לא מהני כיון שלא ראו בשעת הקדושין ע"ש ועיין בתשו' חסד לאברהם באה"ע סי' כ' שאם אין מגלין פני הכלה בשעת קדושין הוה כאלו קידש בלא עדים ואין ממש בקדושין ע"ש לכן יותר טוב לכסות בצעיף דק שיש בו נקבים שיכולים העדים לראות פני הכלה אף כשהיא מכוסה:

ויש לעשות סמוכין לדעת הר"ן ריש כתובות דהכנסה לביתו של חתן הוה החופה מלבד ראי' שלו מקרא דאם בית אשה נדרה ע"ש דוד אמר בתהלים לשמש שם אהל בהם והוא כחתן יוצא מחופתו, השמש משפיע מאורו לירח וכוכבים כמו האיש שמשפיע לאשתו, וביום בעת שהשמש מחוץ לאהלו לא נראו הכוכבים והירח ורק בעת שהשמש באהלו נראו הכוכבים והירח באורם והוא כחתן יוצא מאהלו שהוא חופתו ואמר יואל קפי' ב' יצא חתן מחדרו וכלה מחופתה שפי' שם הרד"ק והמצודת דוד הכלה

מחופתה

מחופתה הוא החדר של חתן שזכר, ונראה דישעי' קפי' ד' כי על כבוד חופה שם ידבר מבית ה' שיכניס ה' אותנו לביתו וכניסה זו תהיה החופה בין ה' ובינינו, ולדעת הר"ן כראה בעי דוקא הבאה לביתו שיקבל אותה החתן מרשות האב ויכניסה לביתו וכן כ' הרמב"ם בפ"י מאישות ה"א עד שיביא אותה לתוך ביתו וכן השכל מחייב כמו דצריך לעשות איזה מעשה כשמקדש שצריך למסור לה כסף או שטר או לבא עליה, ככה בגמר הקנין צריך לעשות איזה דבר שיכניס אותה לביתו או שיתיחד עמה אבל אם היא באה מעצמה לביתו של חתן והוא היה שם מקודם אין כאן חופה וכן אם היא תיחד עצמה שתבא אצלו להתיחד עמו אין כאן חופה, ולכן כ' הב"ח שצריך החתן לאחוז בסודר עם הרב יחדיו ולכסות ראשה רק אז יש לאמר דהכונה הוה חופה לשיטת התוס', ויש לי מקום עיון בזה למה לא נשוה החופה לקדושין כמו שישנו בקדושין ג' דרכים שונים שיוכל לקדש או בכסף או בשטר או בביאה שגם לענין חופה יכולים להכניס לחופה בדרכים שונים, או ביחוד, או בהכנסה לביתו, או בהכונה וכל דרך בפני עצמו הוה חופה שגומרת או הא או הא כיון שעשה מעשה לגמור הקנין שתהי' אשתו גמורה לכל דבר מהני אחד מג' דרכים, ואז הי' אפשר לאמר דר' אשי בכתובות כ"ו דמספקא ליה בחופת נדה אי מהני אי בעי יחוד הראוי לביאה דוקא אם רוצה לגמור הקנין ע"י יחוד אז יש לאמר דיחוד שאינו ראוי לביאה כלא נחשב דרק כשיוכל לבא עליה בשעת היחוד נהנה מהיחוד ויש בו כח לעשות גמר הקנין, אבל גם ר' אשי מודה אם רוצה לגמור הקנין ע"י הכנסת ארוסתו לביתו דהוה ג"כ חופה לגמור לא בעי ראוי לביאה דהבאה מבית האב או מביתה לביתו ולרשותו הוה הגמר, ולא הי' קשה קושי' הר"ן מיבמות כ"ז דאמר רב יש חופה לפסולות דשם ע"י הבאה לביתו יש חופה לפסולות דלא בעי בגמר זה ראוי לביאה, וגם באלמנה יש לאמר כן דרק אם רוצה לגמור הקנין ע"י יחוד לא מהני באלמנה דהיחוד באלמנה אין לו חשיבות כ"כ כמו בבתולה, אבל אם גומר ע"י שמכניס אותה לביתו מהני גם באלמנה ובזה מסולק קושי' מהרי"ט בקדושין ה' על ר"ה איך אמר חופה קונה הלא הוה חופה שאינה ראוי לביאה דעדיין ארוסה היא ואסורה ע"ש דר"ה קאי אחופה ע"י הכנסה לביתו דלא בעי ראוי לביאה, ומיושב כמו מה שמקשים דיש לפרוך על ק"ו דר"ה מה להנך שקונים גם באלמנה משא"כ חופה דלא קנה באלמנה, דרק חופה של יחוד ליכא באלמנה אבל חופה של הבאה לביתו מהני גם באלמנה:

והנה מלבד הדעות השונות בענין מהות החופה מה היא, יש לנו עוד מסירת האב את בתו ליד החתן או שלוחי האב לשלוחי הבעל דאיכה חופה גמורה לכל דבר אך לרב בכתובות מ"ח ומהני המסירה לכל לירשה לטמאות לה ולהפר נדריה אבל לאכילת תרומה אם היא בת ישראל והוא כהן לא תאכל דחיישינן לסמפון והיו הקדושין קדושי טעות ור' אסי שם ור' חנינא ור' יוחנן סוברים דגם לתרומה ונשארו בתיובתא, ושמואל שם סובר דמסירה מהני ליורשה ע"ש ולכאורה לר"א ור"י ור"ח דסוברים אף לתרומה הוה מסירת האב לבעל חופה גמורה ויש לנו מלבד החופות דלעיל עוד חופה אחרת המסירה מאב לבעל, ונראה לפי מה שכ' הרב המגיד בפ"י מאישות אף אם ביאה כשואין עושה בכל זאת אסורה בביאה עד שתכנס לחופה ע"ש ה"כ אף דמסירה מהני מה"ת לכל דבר שתהי' כנשואה בכל זאת צריכין לחופה שתהי' מותרת לביאה ואז החופה רק מדרבנן דהמסירה כבר קנאה לכל מילי דאורי' והחופה רק להתיר הא' דרבנן שארוסה אסורה מדרבנן לביאה ולפ"ז אין כאן תמיה על מהר"א ששון ודעימי' שכתבו דחופה רק מדרבנן משום דמה"ת כבר קנאה לכל מילי ע"י המסירה מאב לבעל ואף שאסורה בתרומה דאתותבי ר"א ור"י כל הא' בתרומה אינו אלא מדרבנן דהא אמר עולא ארוסה מה"ת אוכלת בתרומה ורק מדרבנן אסורה או משום שמא תמזוג לאחיה או משום סמפון, אך לרש"י שם שפירש לשמואל מהני המסירה רק לירושה משום שמחל האב אבל לטומאה ולהפרה לא מהני צריכים החופה לעניני דאוריתא אבל לשיטת התוס' שם שחולקים על רש"י דשמואל ממעט רק אכילת תרומה אבל לכל שאר דברים מהני המסירה ע"ש שפיר כתבו דחופה איננה אלא מדרבנן להתיר הביאה ובאשת כהן גם לאכילת תרומה דאסורה מדרבנן, והנה כל האחרונים מקשים כמו דאוסרין לאכול בתרומה משום דחיישינן לסמפון ויהיו הקדושין בטעות למה לא ניחוש גם לענין הפרת נדרים ולטמא לה כשהוא כהן שהם עניני דאורי' לסמפון ואז לא יהי' בעלה, ונראה דחשש סמפון איננו אלא מיעוט דרוב נשים אין להן מומין רק המיעוט ורב לטעמי' דסובר בב"ב צ"ב דהולכין בממון אחר הרוב לכן יורש אותה כשמתה אחר מסירת האב לידו, ומפר נדריה כדר' פנחס דאמר בנדה מ"ו דאף בקדושי קטנה שאין לה אב והנשואין רק מדרבנן יכול להפר נדריה דכל הנודרת על דעת בעלה היא נודרת ע"ש והכהן מטמא לה משום דאיכא מ"ע דאורי' לה יטמא לכן לא חיישינן למיעוט שלא לבטלו ממ"ע דאוריתא, ובתרומה אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה דבת ישראל עד עתה הוחזקה שאסורה בתרומה וסומכין המיעוט לחזקה, אך להרמב"ם בה' אבלות שכ' שאים לאשתו ליכא מ"ע לטמא לה כ"א מד"ס, ג"כ י"ל לפי המבואר ביבמות פ"ח דהכהן מטמא לאשתו קטנה שאין לה אב אף דנשואין מדרבנן משום דירשה הוה כמת מצוה ע"ש ה"כ כיון דמהני המסירה לכ"ע לירשה מהני לטמאות

לא דהוי כמת מצוה, אך לשמואל שסובר בב"ב אין הולכין בממון אחר הרוב ובכל זאת סבר דירשה למה לא ניחוש לסמפון, ע"ש ברש"י שכ' לשמואל הטעם משום דמחל האב במסירתו אבל להפר נדרה ולטומאות לא אסור לשמואל, ולתוס' שם דלשמואל מהני המסירה לכל חוץ מתרומה ע"ש י"ל עפ"י מה שהביאו תוס' בקדושין דף י"א ד"ה עד שתכנס בשם הרר משה מכרבונא דמשום סמפון לא הוי גזרינן דלא שכיח רק השתא דגזרינן עד הגעת זמן משום שמא תמזוג האריכו הגזרה עד החופה משום סמפון ע"ש לפ"ז בהפרה ובטומאה ובירושה דליכא משום שמא תמזוג לסמפון לחוד לא חיישינן משום דלא שכיח, ועיין במהרש"א שם שתמה לשיטת תוס' דלשמואל מהני המסירה לכל דבר רק לא לתרומה מאי אשמעינן שמואל יותר מרב שם דאמר מסירתה לכל חוץ מתרומה ע"ש ולפמ"ש הפלאה שם דלרב רק במסירה לחודא לא אכלה בתרומה אבל אם הגיע זמן הנשואין ומסרה האב אוכלת בתרומה ע"ש י"ל דשמואל פליג עליו דבכל אופן אינה אוכלת בתרומה אף בהגיע זמן הנשואין כ"א אחר החופה, וע"ש בתוס' שהקשו כיון דגם לשמואל מהני המסירה לכל דבר רק לתרומה לא למה נקט לירושתה ע"ש ולפמ"ש בסמוך ניחא דשמואל לשיטתו דסובר אין הולכין בממון אחר הרוב והיה לנו לחוש לענין ירושה למיעוט סמפון אשמעי' דאף לירושה מהני המסירה אי משום מחילה כמ"ש רש"י או משום דסמפון לא שכיח כמו שהבאתי משם ר"מ מכרבונא, עד שיש להקשות מאי מקשינן שם על ר' אסי דאמר גם לתרומה ממתניתן שם הלא י"ל סתם מתניתן כ"מ דחיים למיעוט סמפון לכן אינה אוכלת עד שתכנס לחופה דבדקה אז, אבל לדידן דקי"ל כרבנן דר"מ דלא חיישינן למיעוט אין חוששין לסמפון דאינו אלא מיעוט, ועיין בר"ן שם שכ' כרש"י דלשמואל מהני המסירה רק לירושה משום דמחל האב ע"ש ולכן כתב בריש כתובות להוכיח מקרא דאם בית אשה נדרה דכניסה לביתו הוי חופה, כיון דאמרה תורה אם היא בבית אישה דיכול להפר ואמאי הלא מלבד מסירה אינו יכול להפר נדריה אע"כ דהכנסה לביתו עדיפא ממסירה לחודא בלי הכנסה לביתו והכניסה נחשבת כחופה אבל לשיטת תוס' שם דהמסירה מהני לשמואל לענין הפרת נדרים ורק לתרומה לא ע"ש ליתא להוכחות הר"ן דיש לאמר דהכניסה לא עדיפא ממסירה ומלבד מסירה יכול להפר וכמו דהמסירה לא נחשבת כחופה ה"נ הכניסה לביתו לא הוי כחופה ולכן בעלי תוס' חולקים על הר"ן וסוברים ביומא י"ג דביאה בהינומא הוי החופה ולא הכניסה לביתו ובמה שכתבתי נדחו דברי בעל חלקת מחוקק באה"ע סי' כ"ה סק"ו שכ' דכ"ע מודו דכניסה לביתו הוי חופה דהא הר"ן מביא ראי' ממקרא ומלא לדין זה ע"ש ולפמ"ש רק הר"ן לשיטתו דסובר כרש"י שפיר מביא ראי' מקרא אבל לתוס' ליכא שום ראי' מקרא דכניסה לביתו הוי חופה, ועיין ברמב"ם בפ"י מאישות ה"א דסובר דאחר הכנסה לביתו בעי יחוד הראוי לביאה ויחוד זה נקרא חופה ע"ש ואף שכ' כאן הבאה לביתו ויחוד עיין ברמב"ם בפ' כ"ב מה' אישות ה"ב שכ' שם אם נכנס עמה בעלה לחצר ונתיחד עמה לשם נשואין בעלה יורשה אלמא דא"ל היחוד להיות בביתו דוקא ואף בחצר של אחרים מהני היחוד לשם נשואין, ורק לכתחלה בעי תרתי ובדיעבד מהני היחוד לחודא, עיין ברמב"ם בה' נדרים בפי"א ה' כ"ב משם דייק הכ"מ שם דאם נדרה אחר שנמסרה לבעל יכול הבעל להפר אף קודם חופה דלא כהטור בי"ד סי' רל"ד ע"ש אך בהלכה יוד שם כ' הרמב"ם שאין הבעל מפר נדרי אשתו עד שתכנס לחופה והיינו כהטור, אך עיין בהריטב"א אלא הרמב"ן על ה' נדרים בפ"ע שכ' שאם נדרה משנמסרה אינו יכול להפר עד שתכנס לחופה וכשמפר אז מהני ההפרה על כל הנדרים שנדרה אחר המסירה קודם החופה ולא הוי קודמין דמסירה הוי כנשואין ע"ש לפ"ז ניחא בה"י כ' דאינו מפר עד החופה, אבל בה' כ"ב מדייק הרמב"ם רק מה שנדרה קודם שנמסרה לו הוי בכלל קודמין אבל מה שנדרה אחר המסירה לא הוי קודמין ומופרין למפרע כמו שכ' הריטב"א:

י) אי חופה קונה באלמנה בגרושה ובבעולה כמו בבתולה:

עיין בירושלמי פ"ק דיומא סוף הלכה א' א"ר מנא הדא אמרה אילין דכנסין ארמלין צריך לכונסן מבעוד יום שלא יהי' כקונה קנין בשבת ע"ש מהירושלמי הנ"ל הוציאו בתוס' ביומא דף י"ג ע"ב ד"ה ולחדא דאלמנה אינה שוה לענין עשית החופה לבתולה בתחלה כ' שם דבאלמנה לא מהני שום חופה כ"א ביאה ואח"כ כ' די"ל דגם באלמנה יש חופה רק במהות החופה אינן שוים בבתולה יציאה בהינומא הוי החופה ובאלמנה בעי יחוד הראוי לביאה ע"ש יש לאמר בפי' הראשון סברו כשיטת הרמב"ם בפ"י מאישות דחופה בבתולה הוי יחוד הראוי לביאה ובאלמנה ע"כ בעי ביאה ממש, ואח"כ חזרו דבבתולה הוי יציאת הינומא החופה ובאלמנה הוי החופה יחוד הראוי לביאה, אך עיין בריב"ש סי' קנ"ה שמחליט דחופת בתולה ואלמנה שוים לגמרי, רק דבתולה אינה נשאת בע"ש ואלמנה נשאת בע"ש נקט הירושלמי באלמנה דצריכין לכנסה מבעוד יום בע"ש דבשבת אסור ועיין בתשו' הרמ"א סי' קכ"ה שכ' דהרי"ף והרמב"ם אינם מחלקים בחופה בין בתולה לאלמנה וגם הב"ש בסי' ס"ד סק"ו כ' דהרמב"ם אינו פוסק כהירושלמי

כהירושלמי וא"ל לאמר דלא פסקו כהירושלמי כ"א דסוברים כהריב"ש בפי' הירושלמי ועיין בביאורי הגאון ר' אלי' מווילנא בא"ע סי' ס"ד סקי"א שהוכיח בראי' ברורה מהירושלמי ריש כתובות דאין חילוק בחופה בין בתולה לאלמנה רק דבבתולה בלא"ה הביאה ראשונה אסורה בשבת משום חבורה ובאלמנה דליכא משום חבורה אם לא כנסה לחופה מע"ש אסור משום קונה קנין בשבת אבל כשכנסה לחופה בע"ש מהני ואם היתה נדה וטבלה בשבת אחר החופה יכול לבא עליה בשבת ע"ש ועיין בתשו' משאת בנימין סי' ל' שקלא תגר על מהר"א אשכנזי שהתיר בכה"ג באלמנה ע"ש ויש לו תנא דמסעי' הגאון מהרא"ו, ועיין בע"ז סי' ס"ד סק"א שמאריך להתיר לבעול אלמנה בשבת אף אם לא היה מיחד עמה בע"ש יחוד הראוי לביאה ע"ש ועיין בחכם לבי סי' ב' שמביא הריב"ש סי' קל"ה ומהרי"ט שאין חילק בין אלמנה לבתולה, וע"ש שמביא ראי' להרמב"ם דחופה הוה יחוד הראוי לביאה מדמתירין בריש כתובות במת אביו של חתן להכניס לחופה ולבעול ולמה התירו לבעול אע"כ דחופה הוה יחוד הראוי לביאה וע"כ הוצרכו להתיר הביאה דאל"ה אף חופה לא הוה עש"ה אך עיין ברמב"ם בפי"א מה' איסורי ביאה בתבעוה לנשא אף שצריכה לספור ז' נקיים בכל זאת חופה קונה וכ' שם ה"ה דאף דחופת נדה איכה קונה התם הוה איסור דאורי' משא"כ הכא א"ל ז"כ רק מדרבנן והוה חופה הראוי לביאה ע"ש לפ"ז עדיין קשה למה התירו לבעול דאף אם נאסרה לא נאסרה אלא מדרבנן דאכיות רק לענין אכילת קדשים מה"ת ולתשמיש רק מדרבנן והוה חופה הראוי לביאה וקני', ואכי בער ולא אדע למה לא כיוא דהירושלמי קאי אאלמן ואלמנה יחדיו ואמר הלין דכנסין ארמלין הייכו שניהם נתארמלו הוא והיא וכיון דאמרי' בכתובות ז' ע"ב באלמן ואלמנה שנושאים יחדיו שאין מברכין ז' ברכות רק ביום החופה והכי קי"ל בש"ע סי' ס"ב סעי' ו' בהנך נשתנה גם החופה דבעי יחוד הראוי לביאה או ביאה ממש אבל בבחור שנשא אלמנה דפסקי' שם דמברכין כל ז' יומי משתה שבע ברכות כמו באלמן שנשא בתולה ע"ש ה"כ אם בחור נושא אלמנה הוה כאלמן שנשא בתולה לענין חופה:

גם יש לאמר דעיין בירושלמי בכתובות פרק ה' הלכה א' שסובר הירושלמי לענין תוספת כתובה דבעי חיבת ביאה שגורם שם בברייתא שלא כתב לה אלא בשביל חיבת לילה הראשון שבעל וע"ש במראה הפנים דהירושלמי פליג עם בבלי דבבלי אמרינן דחיבת חופת קונה וא"ל לחיבת ביאה לענין תוספת כתובה ע"ש ולפי גירסת ירושלמי בברייתא דבעי לענין תוספת חיבת ביאה ע"כ בעי דר' אמי איכה לענין תוספת דבהא תני בברייתא דבעי דוקא חיבת ביאה וע"כ דהבעי הי' לכל מילי שהחופה קונה אי בעי חופה הראוי לביאה, וכיון דבבתולה בעי חופה הראוי לביאה אמר הירושלמי דבאלמנה בעו דוקא ביאה דגרועה מבתולה בחד דרגא, אבל לגמרא דידן דגרסינן בברייתא רק שלא כתב אלא משום חיבת לילה הראשון ומפרשינן בגמ' בכתובות כ"ו הברייתא דהייכו חופה ולא ביאה ע"ש וכ' אמי קאי רק אתוספת כתובה אי בעי חופה הראוי לביאה כמו שכתבו הרא"ש והר"ן וכל הראשונים חוץ מהרמב"ם והרי"ף, אבל לכל מילי פשיטא ליה לר"א דלא בעי יחוד הראוי לביאה לפ"ז באלמנה די ביחוד הראוי לביאה דלא גרעה אלא בחד דרגא אבל ביאה אין לריכים אך המרדכי בפ' משילין פוסק דבאלמנה בעי דוקא ביאה ע"ש והמרי"ל הוסיף על המרדכי הביאו הב"ש סי' ס"ד סק"ו דאף הערוסה לא מהני כ"א גמר ביאה בעי ותמה עליו הב"ש וכן בתשו' מ"ב שהערוסה ודאי גומר כמ"ש הרי"ף יבמות כ"ה דגז"ש קיחה קיחה דהערוסה קונה קאי אגמר ע"ש ונראה דהנה הרי"ף ביבמות כ"ה תירץ כן על הקושי' שהק' מקדושין י' דשם אמרי' דרק גמר ביאה קונה ומתרץ דודאי לענין קדושין בעי דוקא גמר ביאה והערוסה לא קני' אבל אחר קדושין לגמור מהני אף תחלת ביאה ע"ש וטעמו דהערוסה לא גרעה מחופה דחופה גומרת אחר קדושין אף דחופה איכה אלא כתחלת ביאה כמ"ש רש"י בהדי' ביבמות כ"ז ריש ע"ב ולר"ה דחופה קונה לקדושין גם הערוסה קונה בקדושין אך רבא דפליג בקדושין ה' על ר"ה מחליט בקדושין דף יו"ד דבעי בקדושין גמר ביאה משא"כ לגמור אחר קדושין כמו דחופה גומרת ה"ה הערוסה והא תיכח בבתולה דחופה גומרת, אבל באלמנה דפוסק המרי"ל כהמרדכי דאין חופה לאלמנה כ"א ביאה לכן פסק דבעי ביאה גמורה דתחלת ביאה לא עדיפא מחופה, ועיין בתוס' קדושין יוד שחולקים על הרי"ף וסוברים דגם בקדושין הערוסה קונה אם פירש ע"ש י"ל אזלי לשיטתם דביבמות כ"ז כתבו דכיון דרב ושמואל שם לרש"י כר"ה ס"ל הלכה כמותו ה"ה הערוסה קונה, ועיין בשער המלך חופת חתנים סעי' ג' שכ' אף אם אין חופה לאלמנה דוקא לשאר מילי אבל לענין תרומה אוכלת ע"י חופה דכיון דנכנסה לחופה שוב אין לחוש לשמפון ולשמא תמזוג ע"ש ול"ע מהרא"ש בכתובות דף כ"ו שתמה שם הרא"ש על הרמב"ם שסובר דר' אמי מספקא ליה לכל מילי אי בעי חופה הראוי לביאה למה לא בעי ר' אמי על מתניתן דתכן שם לא תאכל בתרומה עד שתכנס לחופה אם היא נדה בשעת חופה מהו שתאכל בתרומה ע"ש ולפי מה שכ' השע"המ הלא אפילו אם כיוא חופת נדה לא קני' בכל זאת אוכלת בתרומה כמו באלמנה דאין לה חופה ובכל זאת אוכלת ול"ע:

יא) אי חופת נדה קונה או לא:

עיין בכתובות דף נ"ו דמספקא לי' לר' אסי בנכנסה לחופה ופרסה נדה אי בעי חופה הראוי לביאה או לא בעי ונשאר האיבעי בתיקו והרי"ף שם והרמב"ם בפ"י מאישות פסקו דחופת נדה כיון דלא חזי' לביאה אינה קונה והוה כארוסה לכל דבר והר"ן שם ובריש כתובות והרא"ש שם ורשב"א וריטב"א שם כולם חולקים עליהם דחופת נדה קונה לכל מילי ובעי דר' אסי אינו אלא לענין תוספת כתובה דבעי חזי' לביאה ואם מת קודם שטהרה עלמה מנדותה אין לה תוספת ע"ש ולשיטתם נראה דוקא אם מת קודם שטבלה לנדותה דלא היתה חזי' לביאה עד שמת אבל אם אחר שטבלה מת אף שלא בא עליה אחר טבילתה יש לה תוספת כתובה דהא כבר חזי' לביאה והיה יכול לבעול אותה ומאז שחזי' לביאה נתחייב בתוס' והקנין כבר נגמר משעת החופה וא"צ לעשות מאומה אחר שטבלה, משא"כ לרי"ף ורמב"ם דחופה דלא חזי' לביאה לאו חופה היא והוה כארוסה צריך להכניס אותה לחופה אחר טבילתה שתעשה נשואה דחופה ראשונה כלא נחשבה, ועיין ברא"ש שכ' שהרמב"ם הוכיח כן מנדה ס"ו שרבינא אעסק לברי' בי' רב חביבא ולא רצה לעשות אחר שתבעוה ליכנס עד אחר שספרה ז' נקיים ע"ש ול"ע הלא הרמב"ם בפי"א מה' א"ב הי' כ' דחופה אחר שתבעוה ליכנס אף קודם שספרה ז' נקיים מהני וכ' שם ה"ה דרק בנדה דאורי' הוה חופה שאינה ראוי לביאה משא"כ בתבעוה ליכנס דרק מדרבנן צריכה לספור ז' נקיים הוה חופה הראוי לביאה ע"ש ועכצ"ל לרמב"ם דרבינא לא רצה לעשות נשואין כל זמן שאינה ראוי לביאה, ויש לעיין כיון דהוה בעי דלא אפשטא נהי לענין הפרת נדרים או לטמא לה כשהוא כהן דהוה אי' דאורי', או לענין ירושה ותוספת כתובה אזלינן לחומרא דבממון המוציא מע"ה ובכל ספק דאורי' אזלינן לחומרא, אבל לענין איסור ביאה אחר שתטהר כיון דכ' הרמב"ם בפרק י' מאישות דארוסה מותרת מה"ת בביאה ורק מדרבנן אסורה הי' לן ליזל בדרבנן בספק לקולא ולהתיר לו לבא עליה אחר שתטבל, וצריך לאמר כיון דספיקא דר' אסי נוגע לענין איסורי דאוריתא ולענין איסור דרבנן כיון דבעניני דאורי' ע"כ אזלינן לחומרא דלא קנה שוב גם במה שנוגע בא' דרבנן צריכין ליזל לחומרא, ולפ"ז אין צריכין למה שכ' הרב המגיד בפי"א מה' א"ב לחלק דרק בא' נדה דאורי' לא הוה חופה ראוי לביאה אבל בא' דרבנן הוה ראוי לביאה דעיין בשעה"מ חופת חתנים סעי' ז' שמאריך שאף בא' דרבנן לא חזי' לביאה ע"ש כיון דז' נקיים רק מדרבנן ומה"ת מותר לבא עליה אחר שתבעוה להכנס ומה"ת יכול להפר ולטמא לה ולירש אותה ואין כאן אלא דרבנן לכל מילי שוב אמרינן ספקא דרבנן לקולא דלא בעי חופה דחזי' לביאה, וא"צ לעשות חופה אחרת אחר שתטבל, משא"כ אם היה פשיטא לן דבעי חופה חזי' לביאה הדין עם השעה"מ דאף אם אינה ראוי מצד שאסורה מדרבנן הוה חופה שאינה ראוי לביאה, ועיין בנמ"י כתובות נ"ו שכ' לרמב"ם ורי"ף אם נכנסה לחופה ואח"כ פרסה נדה בשעת החופה קנאה דתחלת חופה קונה דבתחלת חופה הוה ראוי לביאה ודוחק לאמר דלא הוה חופה ראוי היכא דלא הוה כשיעור ביאה ע"ש ובודאי הדין עמו דהא לרי"ף ורמב"ם הערה גומרת ולא בעי ביאה גמורה, ועיין בריטב"א שם שמביא בשם רבנו פרץ דאף לדידן דלית לן כהרמב"ם דוקא בהודיעו להחתן שהיא נדה אבל בלא הודיעו לו הוה הקדושין והחופה בטעות וכ' הריטב"א דיש לחוש לדבריו ע"ש וזהו דבר חדש דאף הקדושין הם קדושי טעות, והנה אי חופה קודם קדושין לא מהני כתשו' מ"ב דלא כמ"ל פ"י מאישות השתא שמקדשין תחת החופה אם פרסה נדה בשעת קדושין אף אם נימא כנמ"י דתחלת חופה הוה ראוי לביאה הלא החופה קודם הקדושין לא מהני וכשקידש היתה נדה ולא הוה חופה ראוי לביאה לגמור ורק אם אחר הקדושין פרסה נדה י"ל שבבת אחת עם הקדושין גמרה החופה שראוי לביאה ואז ליכא משום קדושי טעות כיון דבשעה שקדשה עדיין היתה טהורה:

ועיין בשער המלך חופת חתנים סוף סעי' ד' שכ' על תשו' מיימני לה' אישות סי' ו' באין לו לאיש גבורת אנשים דלפי דברי הרב הוה חופה שאינה ראוי לביאה ולא חשיבא חופה כלל ע"ש ולבי לא כן ידמה דרק אם מצדה העיכוב שהיא נדה או שהיא אסורה לו מצד אחר אז הוה חופה דלא חזי' לביאה, אבל אם היא חזי' לביאה רק שמצדו יש איזה מניעה לא הוה בכלל חופה שאינה חזי' לביאה דהא הוא קונה אותה אבל היא לא תקנה אותו ותלוי הכל בדידה אם היא לא חזי' מצד איסור או מצד שהיא חולה כעובדא דתשו' הרא"ש שהכניסו לחופה אשה חולנית חולי' מות דחופה לא קני' וכן פסקינן באה"ע סי' ס"א כמותו, אבל אם היא מותרת והיא בריאה ורק הוא אינו בקו הבריאה או שאין לו גבורת אנשים חופה מעלי' היא ולכן לא אמרינן בכתובות נ"א דחיישינן לשחפון דידיה רק לשחפון דידה ואם בדקה ואין בה שחפון אכלה בתרומה, ורא' לדברי מתשו' מיימוני ה' אישות סימן ו' שהיא תשו' רילב"א שכ' באין לו גבורת אנשים שאין לה תוספת משום דרבין מספקא ליה אי בעי חיבת ביאה בתוס' כתובה ולא אפשטא וכאן ליכא חיבת ביאה, ואח"כ כ' כיון דנשאר בתיקו יחלוקו ומביא בשם בה"ג דרולה לפסוק חיבת חופה קונה ומדחה אותו ע"ש מבואר מדבריו דאלו היה פשיטא לן דחיבת חופה קונה היה לה תוספת ואמאי הלא ר' אסי

מספקא

מספקא ליה אף את"ל דחיבת חופה קונה דלמא בעי חופה דחזי' לביאה ולא אפשטא האיבעי וכיון דאין לו גבורת אנשים לא הוה חופה דחזי' לביאה אע"כ מוכח כמו שכתבתי דרק אם היא לא חזי' אבל אם היא חזי' והוא לא חזי' הוה חופה דחזי' לביאה ורק משום דבעי חיבת ביאה ולא בא עליה פסק דאין לה תוס', ומה שהקשו על הרא"ש שסותר עצמו בתשובתו ממה שכ' בפסקיו דבפסקיו חולק על הרמב"ם ופוסק דחופת נדה קני' לכל מילי רק לא לתוס' ובתשו' כלל כ"ד פסק מי שהכניס אשה חולנית שחלתה חולית מות לחופה דחופה זו לא קני' והכי פסקי' בש"ע סי' ס"א אף דלא קי"ל כרמב"ם בחופת נדה לק"מ בחופת נדה מכניס אותה לשם אישות לשמש עמה כשתטהר מנדותה כדרך כל הארץ לכן החופה מהני, אבל אשה שקרובה למות כל הכנסתו לחופה אינה לשם אישות רק לזכות בממונה ולא בה כי לא תעמוד מחליה בכה"ג אין חופה קונה:

והנה לרא"ש ולר"ן ולכל הראשונים חוץ מרי"ף ורמב"ם שסוברים דלכל מילי חופה דלא חזי' לביאה קני' ול"א אתוס' קאי יש לעיין הלא חזינן דבזה פליגי רב ושמואל ביבמות כ"ז לרב יש חופה לפסולות ולשמואל אין חופה לפסולות אלמא לשמואל חופה דלא חזי' לביאה לא קני' אף לכל מילי, וכנראה דעיין בריטב"א ביבמות כ"ח ד"ה לשוי' חללה שכ' דרק ע"י ביאה הוה חללה ופסולה לתרומה אבל בחופה שלא נבעלה ונתאלמנה אינה פסולה אלא מדרבנן שגזרו אטו נשואין גמורין שנבעלה עש"ה לפ"ז יש לאמר גם שמואל סובר דחופה קונה בפסולות דלא בעי חזי' לביאה ופליגי אסיפא דמתניתן שם דתנן אם נתאלמנה מן הנשואין פסולה לרב בחופה לחודא בלא בעילה פסולה דגזרי' אטו נשואין בבעילה ושמואל אמר אין חופה לפסלה מתרומה וסיפא בנשואין שנבעלה ולא גזרינן אטו נבעלה, ולשיטת הרמב"ם מקשים הראשונים מרב דאמר יש חופה לפסולות הלא הוה חופה דלא חזי' לביאה, ועיין בלחם משנה פ"י מאישות שתירץ ב' תירוצים חדא בנדה אין דעתו לבא עליה באיסור כ"א כשתטבל משא"כ בפסולות לעולם ע"כ כניסתו לחופה לבעול אותה באיסור והוה חופה דחזי' לביאה מיד, גם תי' דרק לפסלה מתרומה אמר רב ורק מדרבנן אבל מה"ת אין חופה לפסולות כמ"ש הרשב"א שם אך ק' עליו מיבמות שם כ"ח דר' עמרם מביא ראי' לרב מסוטה דאמר שנסתרה הכניסה לחופה. ולא נבעלה והלא אסורה לו ע"י סתירה אע"כ דיש חופה מה"ת דהתם אדאורי' קיימינן שתקרא אשתו ותהי' תחת אישה, גם התם אין דעתו לבעול אותה באיסור כ"א אחר השקאה ונכנס עמה לחופה שיהי' בידו להשקותה דכל זמן שהיא אסורה אינה שותה, ואפשר לאמר דכונת הלח"מ נהי דר' עמרם סבר דחופה דלא חזי' לביאה קונה מה"ת כיון דר' פפא ור' נחמן דחו ראיתו מסוטה ע"ש יש לאמר דגם רב סובר דבעי חופה דחזי' לביאה וכחלוקו של הלח"מ ועיין ביבמות דף כ"ט ע"ב דר' אבין הוכיח שם דמאמר רק לדחיה וכ' הריטב"א שם דר' אבין סובר אי מאמר דהתירא קני קנין גמור מהני מאמר דאסורא עכ"פ לדחות עש"ה לפ"ז י"ל רב סובר סברת ר' אבין וכיון דחופה דהתירא קונה לגמרי מהני חופה דאסורה בפסולת עכ"פ לדחות הבת כהן מאכילת תרומה ולא להאכיל לבת ישראל שתקנה לגמרי, ושמואל סובר כסתם גמרא שם ביבמות כ"ט דמאמר דאיסורא אף לדחות לא מהני ה"נ בחופה דאיסורא לא מהני אף לפסול את בת כהן מתרומה לפ"ז גם רב מודה דרק חופה דחזי' לביאה קונה לגמרי להאכיל בת ישראל ועיין בקרבן נתנאל בכתובות פרק ה' סי' ו' שהק' לרמב"ם דחופת נדה אינה קונה למה לא אמרינן בקדושין דף ג' מיכנא למעוטי חופת נדה דלא קנה אבל כסף שטר וביאה קונין אף בנדה ע"ש ולפמ"ש הרמב"ן והר"ן והריטב"א בקדושין דף יוד דביאה דאסורה לא קני' המקדש נדה בביאה לא קנאה לפ"ז איך תני ביאה במתניתן הלא כמו דחופת נדה לא קנה ה"ה ביאת נדה לא קנה וע"ש ברמב"ן וריטב"א שמהאי טעמא חלקו על הרי"ף וסוברים דביאה אינה גומרת וגז"ש דקיחה קיחה קאי אקדושין אם אמר בפי' שרוצה לקנות בהעראה קונה, והרי"ף סובר דבקדושין בעי דוקא גמר ביאה ובשום אופן הערא' לא קני' ע"ש ונראה להביא ראי' לשיטת הרי"ף מסוגי' דיבמות שהבאתי דשם אמר רמי ב"ח משכחת לה כגון שבא עליה הארוס בבית אביה בביאת זנות ע"ש וקשה לי אטו ברשיעי עסקינן למה לא מוקי רמי ב"ח כשקדשה בביאה וקדמה שכיבת בעל לבועל, אך כיון דקי"ל גמר ביאה קונה וחלין הקדושין בגמר ביאה אבל בשעת ביאה לא היתה עדיין מקודשת עדיין לא קדמה שכיבת בעל לבועל דבשעת ביאה לא היה עדיין בעלה כ"א פנוי, אמנם לשיטת תוס' בקדושין י' ולשיטת הרמב"ן והר"ן והריטב"א דבאומר בפי' שתקנה לו מיד בהעראה אף שגומר הביאה מקודשת מיד בתחלת ביאה עדיין קשה למה לא אמר שקידשה בביאה והתנה שתקנה לו בהעראה והוה בשעת בעילה שכיבת בעל וקדמה לשכיבת בועל, אע"כ כהרי"ף דבכל אופן אין הערא' קונה כ"א גמר ביאה, ולשיטתם צריכין לדחוק דרמי ב"ח מספקא ליה אי ביאה ארוסין עושה או נשואין עושה ואי נשואין עושה הוה מיד נשואה ואין כאן סתירה בשעת ארוסין, אך אף אם נימא דביאה נשואין עושה, לדידהו דסוברים דמהני תנאי על הערא' שתקנה אף דגמר ביאה קונה, הכי נמי אף דביאה נשואין עושה אם התנה ואמר שביאתו לא תעשה נשואין כ"א ארוסין נמי יהני ורק בסתמא ביאה נשואין עושה,

ועדיין הי' יכול לאמר שקדשה בביאה והתנה שתעשה רק ארוסין אע"כ כהרי"ף דגם תנאי לא מהני, גם ממה דמקשינן בקדושין י' ע"ב קתני ביאה וקתני נשאת ע"ש הלא יש לאמר ביאה כשהתנה שלא תעשה אלא ארוסין אע"כ דתנאי לא מהני, אך גם להרב המגיד בפי' מאישות ה"א קשה משם דלפי מה שכ' שם דאף אם ביאה נשואין עושה אסור לבא עליה עד שתכנס לחופה לפ"ז אינו בודקה עד שתכנס לחופה דאין אדם שותה בכוס אא"כ בודקו וקודם החופה אינו יכול לשתות ויש לחוש לשמפון עד החופה ומאי מקשינן קתני ביאה וקתני נשאת הלא שפיר תני נשאת אוכלת בתרומה דאם נשאת בחופה דבדקה אוכלת בתרומה אבל בביאה של קדושין אינה אוכלת אף דביאה נשואין עושה:

יב) זמני החופה איזה זמן מוכשר להכנים להופה:

א' אם מקדימין החופה לקדושין, עיין בבית שמואל באה"ע סי' ס"ד סק"ו שמביא בשם תשו' משאת בנימין סי' ל' דלא מהני, והנה המ"ב קאי שם בתשובתו על אלמנה דבעי דוקא חופה הראוי לביאה כמבואר בתוס' יומא י"ג ע"ב ד"ה ולאדא בפי' השני שם ולפי' ראשון שם בעי דוקא ביאה ואף יחוד הראוי לביאה לא מהני וכן סוברים המרדכי והמרי"ל הביאם הב"ש בסי' ס"ד סק"ו, ותלי' בפלוגתא של הרי"ף והרמב"ם, ורמב"ן וריטב"א לרי"ף ורמב"ם דביאה גומרת אחר קדושין יש לאמר כפי' ראשון של תוס' דבעי דוקא ביאה וכיון שנתקדשה האלמנה בכסף הביאה שאחר הקדושין גומרת, משא"כ להרמב"ן והריטב"א בקדושין י' שחולקים דרק חופה גומרת ולא ביאה עכצ"ל כפי' השני של תוס' דגם באלמנה הוה חופה רק דבעי יחוד הראוי לביאה, ועי"ז כ' המשאת בנימין דבאלמנה חופה קודם קדושין לא מהני דהא בעי יחוד הראוי לביאה וקודם קדושין לא הוה ראוי לביאה, אך בבתולה דלא קי"ל כהרמב"ם פי' מאישות דבעי גם בבתולה יחוד הראוי לביאה עדיין יש לאמר דמהני חופה קודם קדושין כמו שכ' החלקת מחוקק בסי' נ"ה סק"ט לשיטת תוס' יומא י"ג דבבתולה הוה יציאה בהכונה החופה ומכסין פני הכלה בשחרית קודם הקדושין ונעשה נשואה למפרע מחליט דחופה קודם קדושין מהני בבתולה לתוס', אך מה שכ' דנעשה נשואה למפרע לא ידענו מה היה לו מנא ליה זאת למה לא כימא רק מעת שקידשה אח"כ הוה נשואה ואם זנתה בין חופה לקדושין פטורין הוא והיא ואם נתקדשה בנתים מאחר מקודשת לשני ולא לראשון, ובהגהת מרדכי בקדושין כ' ג"כ כחלקת מחוקק, דהכונה קודם קדושין מהני, ועיין בים של שלמה ריש קדושין סי' ב' דמחליט דחופה קודם קדושין מהני ע"ש, ועיין במשנה למלך בפי' מה' אישות שמספקא ליה בזה ומביא ראי' מרמב"ן וריטב"א בקדושין דמהני ותמה על המ"ב שנעלמו ממנו דבריהם, ובאמת ליכא מדבריהם ראי' כמ"ש הטעם המלך בחופת חתנים סעי' ח' דהם קאי בחופה וקדושין בבת אחת כמבואר מדבריהם ובבת אחת מהני אבל עדיין יש לאמר דחופה קודם קדושין כלא נחשבה וכן כ' המקנה בק"א באה"ע סי' כ"ו בהחלט וכן מבואר ברבנו ירוחם נתיב כ"ב ח"ב דרק חופה אחר קדושין מהני לגמור אבל בהיפך חופה קודם קדושין לא מהני, אך עיין בתשו' שער אפרים סי' קט"ו מחליט בפשיטות דחופה קודם קדושין מהני וסיים לענ"ד הדבר פשוט, ומביא ראי' מכתובות ע"ג ע"ב דקטן שקידש אם בעל בגדלותו קנאה דאמרינן שבעל לשם קדושין אבל חופה חדשה לא בעי אח"כ אע"כ משום דחופה בקטנותו מהני לקדושין שמקדש בגדלותו ע"ש ודבריו תמוהים מאד אף אם כימא שחופה קודם קדושין מהני הא תינח אם החופה והקדושין נעשו כשהגדיל אבל אם החופה היתה בקטנות והקדושין בגדלות ודאי לא מהני וכי עדיפא החופה מהקדושין כמו דאין קטן יכול לקדש בקטנותו כמו כן אינו יכול להכנים לחופה בקטנותו וכמו שצריך לחזור ולקדש כשיגדיל אם קידש בקטנותו ככה צריך להכנים לחופה עוד הפעם בגדלותו הלא אמרינן ביבמות קי"ב ע"ב לא תקנו נשואין בקטן ונשואין הוה חופה, ועיין במשנה למלך פ"ד מאישות שמביא שם תוס' ביבמות ל"ד דאף אם הקטן מקדש לכשיגדיל אין ממש בקדושין ואף דרש"י שם לא ס"ל כן הרשב"א ביבמות ק"ט מחליט כתוס' ועיין בנב"י תנינא סי' כ"ב רק במקדש בכסף סובר רש"י כן אבל במקדש בביאה או בשטר ונאבד קודם שהגדיל אין ממש בקדושין ע"ש וכיון שהחופה דומה לביאה ודאי אם קטן מכנים לחופה לכשיגדיל דלא מהני וראיתו מכתובות ע"ג אין לה שחר הלא התם לא איירינן כלל שהקטן הכנים לחופה רק שקידש כשהי' קטן וכשהגדיל בעל אמרינן דקנאה בביאתו, והלא ביאה רק ארוסין עושה ולא נשואין ובודאי צריך להכניסה אח"כ לחופה וכן בקידש אח"כ בכסף, ועיין בתוס' ביבמות דף פ"ט ע"ב ד"ה משתגדיל שהקשו איך מהני הבעילה בגדלות כיון דאין מעשה הקטן כלום היכא מהני החופה שהיתה בקטנות וע"ש מה שתירצו מפורש בהדי' בתוס' כמו שכתבתי דמדבריהם מוכח דחופה קודם קדושין מהני בשאר בני אדם דאל"ה לא היו צריכים להקשות משום דאין מעשה קטן כלום תיפוק ליה דחופה קודם קדושין לא מהני אע"כ ס"ל דמהני וכמו שכ' החלקת מחוקק סי' כ"ה סק"ט לתוס' דהיכומא דהוה החופה מהני קודם הקדושין ע"ש ולכן הקשו רק משום דהחופה היתה בקטנות, ומבואר כנגד השער אפרים, וע"ש שהסכים עם הרב מנחה

דאתרא

דאתרא שפסק בא' שקידש בטעות בע"ש וקידש בשבת לפני עדים עוד הפעם ופסק כיון שהחופה היתה קודם שבת וחופה קודם קדושין מהני יכול לקדש שנית בשבת ע"ש ודבריו תמוהים כהי דחופה קודם קדושין מהני הלא בחופה לחודא כל זמן שלא קידש כלה הוה וכיון שהקדושין הראשונים היו בטעות כשמקדש בשבת כגומר הקנין בשבת ועדיין קונה קנין בשבת לכל מילי למעשי ידיה לירשה ולמציאתה והדין עם החולקים שם:

ב) אי מותר לעשות חופה בשבת ובי"ט ובחול המועד, ובפורים:

במועד קטן דף ח' ע"ב תנן אין נושאין נשים במועד לא בתולות ולא אלמנות ולא מיבמין מפני ששמחה הוא לו אבל מחזיר הוא את גרושתו, וע"ש בגמ' דאמר ר' יהודה אמר שמואל משום דאין מערבין שמחה בשמחה, ורבה בר"ה אמר מפני שמניח שמחת החג ועוסק בשמחת אשתו וכדרב דאמר ושמחת בחגך בחגך ולא באשתך, עולא אמר מפני הטורח ר' יצחק נפחא אמר מפני ביטול פרי' ורבי' ובערב הרגל מותר למ"ד משום שמחה עיקר שמחה חד יומא למ"ד משום טרחא עיקר טרחא חד יומא ולמ"ד משום ביטול פו"ר משום חד יומא לא משהי איניש נפשיה ואמרינן שם אין מערבין שמחה בשמחה מנא לן וילפינן שם ממלכים א' ח' שעשה שלמה שבעה ימים ושבעה ימי החג בחנוכת הבית משום דאין מערבין שמחה בשמחה, ובירושלמי שם יליף ממלא שבוע זאת ואתנה לך גם את זאת ע"ש ויש לעיין למה לא ילפינן מהא דדרש רב ושמחת בחגך ולא באשתך משום דאין מערבין שמחה בשמחה ובגמרא שם משמע דרב פליג אשמואל דאמר משום דאין מערבין, דיש לאמר דהיינו טעמא משום דהחג הוא עשה דרבים שכל ישראל חייבים לשמוח בחג ושמחת נשואין אינו אלא שמחת יחיד, וגם שמחת החג קדם, אבל ב' שמחות שוות כגון ב' נשואין של שתי נשים כמו ביעקב או שאר שמחות שוין עדיין לא נדע דאסור לעשות, לכן מייתי ראי' משלמה דשתי שמחות שמחת החג ושמחת חנוכת הבית היו שוות לכל ישראל והיה אפשר להתחיל שתיהן בבת אחת בערב י"ט בכניסת החג משם מוכח דאין מערבין שמחה בשמחה, וכמו כן ממלא שבוע זאת שתי שמחות שוות, לכן לא ילפינן מושמחת בחגך ולא באשתך דאין מערבין שמחה בשמחה דהחג הוא לכל ישראל ושמחת נשואין ליחיד שנושא, והנה גמרא דידן לא יליף ממלא שבוע זאת כ"א משלמה ויש כ"מ בין הירושלמי לגמרא דידן, דעיין בריטב"א במ"ק ח' ע"ב שכ' רק שמחות מב' מינים שונים כגון מילה ונשואין או עם פדיון הבן אין עושין אבל ב' שמחות שוות ממין אחד כגון ב' חתונות או ב' מילות וב' פדיונות עושין ע"ש וכל זה אם למדין משלמה שם היו השמחות מב' מינים שונים שמחת חנוכת הבית ושמחת החג, משא"כ אם למדין ממלא שבוע זאת שם היו ב' חתונות ממין א' ובכל זאת אין מערבין, ועיין ברמב"ם פ"י מאישות ה' יוד שכ' אין מערבין דכתיב מלא שבוע זאת מכיח גמ' דידן ומביא הירושלמי, ומבלעדי זאת קשה על הרמב"ם בפרק ז' מה' י"ט ה' ע"ז כתב תחלה כרב מקרא ושמחת בחגך ולא באשתך ואח"כ כ' שלא יערב שמחה בשמחה וע"ש בלחם משנה שתמה עליו, ונראה דעיין בתוס' במ"ק דף ח' ע"ב ד"ה מפני ביטול פו"ר שכ' תחלה דהלכה כר' אשי בחגיגה ח' דדרש ושמחת בחגך ולא באשתך ואינו אסור לערב שמחה בשמחה, ואח"כ כתבו דשמחה איכא אלא בסעודת נשואין, כותבים מדהולך ר' אשי לקרא דושמחת בחגך ולא באשתך והלא בלא"ה אסור משום אין מערבין ע"כ מוכח דר"א סובר מערבין והלכה כמותו, ואח"כ כתבו דאין להוכיח מר' אשי דפליג. אלא דמכל אין מערבין ליכא איסור בנשואין לחודא כ"א בסעודה דבסעודה איכא עיקר שמחה ומכל קרא דושמחת בחגך כאסרו הנשואין לחודא, לפ"ז מדויק לישנא דרמב"ם דעל איסור נשואין בלחודא נקט קרא ושמחת בחגך ולא באשתך, ואח"כ כ' דסעודת נשואין אסורה מכל אין מערבין שמחה בשמחה, ופוסק הרמב"ם כרב ושמואל, אך הריטב"א שם כ' דאין הלכה כשמואל דכולהי פליגי עליה, ותוס' בתי' ראשון ג"כ כתבו דאין איסור לערב שמחה בשמחה, ועיין במג"א סי' תקמ"ו סק"א ובסוף סי' תרל"ו שכתב בהחלט דאנן לא קי"ל כרב משום ושמחת בחגך כי אם כשמואל משום אין מערבין שמחה בשמחה ע"ש ולא ידעתי מנין לו הא, הלא הרי"ף במ"ק ח' מביא דברי שניהם שמואל ורב, והרמב"ם בפ"ז מי"ט מביא ג"כ רב ושמואל ותוס' במ"ק החליטו דהלכה כרב משום דר' אשי בחגיגה ח' סובר כותיה ואין הלכה כשמואל, והריטב"א כ' ג"כ דאין הלכה כשמואל, והסמ"ג לאוין סי' ע"ה כתב כרב וכשמואל כהרמב"ם, ובסי' תרל"ו לא הי' לריך לאמר דמשום דפסקינן אין מערבין אסור לישא בפורים כי אם גם לרב אסור דהא פורים הוא חג של כל ישראל, ונשואין הם שמחה של יחיד:

והנה בב"י א"ח סי' תרל"ו מביא בשם תשו' רשב"א שמתיר לישא בפורים דאינו אלא מדרבנן ובדרבנן אזלינן להקל ע"ש וכן פוסק שם המחבר דמותר לישא בפורים, ובכל בו ס"ף סימן מ"ה כ' דל"ע אם נושאין נשים בפורים לפי שאין מערבין שמחה בשמחה, או נאמר שלא אמרו אין מערבין אלא בימים טובים דכתיב בקרא ושמחת בחגך מן התורה אבל פורים דברי קבלה הם, או דלמא חכמים עשו חיזק לדבריהם כשל תורה ול"ע ועיין בתוס' במ"ק דף י"ד ע"ב ד"ה עשה דיחיד שכתבו מיהו נראה לי דשמחת

הרגל כמו דרבנן ושמחת היינו בשלמי שמחה כדאית בחגיגה ע"ש לפ"ז יש לאמר בהא פליגי האמוראים במ"ק ח' ע"ב רב סובר דגם בדרבנן בזמן הזה דשמחת החג רק מדרבנן אסור משום ושמחת בחגך ולא באשתך דכל מה דתיקנו רבנן כעין דאורי' תיקון וכן סובר שמואל דאמר משום דאין מערבין, אך עולא ור' יצחק נפחא סוברי' דבזמן הזה דא"ל לשמוח ברגל כ"א מדרבנן ליכא איסור משום אין מערבין ולא משום בחגך לכן אמרו טעמים אחרים עולא אמר משום טרחא ור"י נפחא משום שיהוי דפרי' ורבי', ולפ"ז אף דר' אשי סובר בחגיגה ח' ע"ב האי דרש דבחגך ולא באשתך התם קיימי' אזמן הבית דהוה עשה דאורי', אבל עדיין יש לאמר דר"א סובר כעולא ור"י דבזמן הזה ליכא איסור משום דהשתא שמחת החג רק מדרבנן ולפ"ז י"ל בדרבנן אזלינן להקל ומותר לישא בפורים, ולפ"ז מתורצת קושי' טור אבן בחגיגה ח' ע"ב שהק' איך אמרינן בביצה ל"ז דמש"ה אין מקדשין ואין מיבמין בי"ט משום גזרה שמא יכתוב הלא הוה איסור דאוריתא כמבואר במ"ק ח' ע"ב ע"ש שתירץ ב' תירוצים חדא דקאי א"ע של ר"ה דליכא משום שמחה או אליל י"ט ראשון דבליל י"ט ראשון ליכא עשה דאוריתא ושמחת כי אם מדרבנן בלבד עיין בתשו' שאגת ארי' סי' ס"ח שמאריך שם כן, ולפמ"ש בלא"ה ניחא דבזמן הזה ליכא אי' דאוריתא בי"ט דעשה ושמחת ליכא בזמן הזה וכיון דבכל אופן אינו אלא מדרבנן אמרינן בגמ' טעם דנוהג אף בשבת דבמתניתן כולל שבת וי"ט ע"ש ומיושבת נמי קושי' תוס' בכתובות מ"ז ד"ה דמסר שהקשו הלא בי"ט אסור משום ושמחת בחגך ע"ש די"ל דבגמ' נקט שמסרה האב בשבתות וי"ט, בזמן הבית די"ט הוה אי' דאורי' קרא במסרה בשבתות, ובזמן הזה גם במסרה בימים טובים, אך עיין במ"ק י"ד ע"ב בריטב"א שחולק על תוס' דגם עתה מקיים העשה ע"י בשר ויין בי"ט, ועיין בשאגת ארי' סי' ס"ה שמאריך ומביא בשם הרמב"ם והר"ן שחולקים על תוס' וסוברים שגם בזמן הזה הוה עשה דאורי' ומביא שם ראיות ברורות כנגד תוס', ושם בסי' ס"ו הוכיח בראיות שגם בנשים נוהגת העשה ושמחת בחגך כמו באנשים ע"ש אך שם בסימן ס"ח הוכיח דבליל י"ט הראשון ליכא עשה כי אם מדרבנן צריכים לשמוח ע"ש ובזה מתרץ בספרו טורי אבן חגיגה ח' קושיתו ע"ש ולפ"ז נבין מה שמביא הב"י בא"ח סי' תקמ"ו תשו' רשב"א דמתיר לעשות סעודת נשואין בליל י"ט ראשון כשהנשואין היו בערב הרגל דאזל לשיטתו דבסי' תרל"ו מביא הב"י תשו' רשב"א דמותר לישא בפורים דבדרבנן אזלינן להקל דמותר לערב שמחה בשמחה לכן מתיר לעשות הסעודה בליל יום טוב ראשון כשהנשואין היו בערב הרגל והמחבר שפוסק בסי' תרל"ו כהרשב"א דנושאין בפורים פוסק ג"כ כותיה בסי' תקמ"ו, וע"ש במג"א שחולק על המחבר ואוסר לעשות הסעודה בליל י"ט ראשון ג"כ לשיטתו דהמג"א בסי' תרל"ו חולק על המחבר ואוסר לישא בפורים משום דאין מערבין שמחה בשמחה ע"ש דאף בדרבנן אין מערבין ולכן אוסר לעשות הסעודה בליל י"ט ראשון אף דאינו אלא דרבנן, ולפ"ז גם לרשב"א והמחבר אם היה מקדש בערב י"ט מי"ט אחרון אסור לעשות הסעודה של ארוסין בליל י"ט אחרון דשם הוה עשה דאורי' ושמחת ואסור לערב שמחה בשמחה גם לרשב"א, ואין לתרץ קושי' תוס' בכתובות מ"ז ד"ה שמסר דמסרה בי"ט היינו בליל י"ט הראשון דמה"ת מותר דליכא עשה ושמחת, הלא התם אמרינן בתירץ קמא שמסרה בלילה וע"כ הא דאמרינן או שמסרה בשבתות וי"ט היינו ביום דבלילה א"ל לשבת וי"ט ואין להקשות על המג"א דסובר בסי' תקמ"ו דאם נשא בערב הרגל דאסור לעשות הסעודה בליל י"ט, וסובר דאף בפורים איכא איסור משום דאין מערבין איך כ' בסוף ס"ק י"ח בסי' תרל"ו לעשות הנשואין בי"ג אדר הלא אסור לעשות הסעודה בליל פורים, אך עיין במג"א סי' תרצ"ה סק"ח על ובסעודה אחת יוצאין שכ' לאפוקי ממ"ד דחייב לאכול גם בלילה דומי' דמגילה ע"ש לפ"ז בלילה אף מדרבנן ליכא משום שמחה ולכן אף להמג"א מותר לעשות סעודת נשואין בליל פורים. ועיין בלבוש א"ח סי' תקמ"ו סעי' ד' שכ' דהדרש ושמחת בחגך ולא באשתך אינו אלא אסמכתא ואינו אלא מדרבנן ע"ש ולפ"ז ודאי יש להתיר לישא בפורים דהוה תרתי דרבנן דפורים דרבנן, ואין מערבין גם בדאורי' אינו אלא מדרבנן, וכרשב"א והמחבר, אך לפמ"ש תוס' במ"ק ח' דדרש ושמחת בחגך וגם דשמואל דאין מערבין הוה מדאוריתא וכן כתבו בכתובות מ"ז דהוה דרש גמור ע"ש, י"ל בפורים דהוה רק חד דרבנן דאסור כמ"ש המג"א, וגם לפמ"ש הלבוש יש להתיר בי"ט בחה"מ לישא דלא גזרו שבות בחה"מ וכן בשבת בחה"מ דבשבת אינו אלא מדרבנן משום גזרה שמא יכתוב, ולתוס' להוה דרש גמור ואסור בי"ט מה"ת לישא אשה גם בחה"מ די"ט אסור:

ועיין בתוס' בכתובות דף מ"ז ד"ה דמסר לה שכתבו בתירץ אחרון דנשואין בלא סעודה אף דאמרינן ביבמות דנשואין הוה שמחה לא הוה שמחה כל כך שיהי' אסור לישא בי"ט ע"ש ועיין בחכמת שלמה שם שהקשה על תוס' ממועד קטן י"ח ע"ב דתני דבי שמואל מארסין אבל לא כונסין ואין עושין סעודת ארוסין ולא מיבמין מפני ששמחה הוא לו ע"ש וכיון דארוסין בסעודה אסורין במועד עכ"ל דנשואין אף בלא סעודה אסורין וע"ש שתירץ דרק נשואין וארוסין יחדיו אסורין בי"ט בלי סעודה אבל נשואין לחודא בלי סעודה מותרין, ול"ע הלא תני שם אין מיבמין וביבום ליכא אלא נשואין ע"י היבום דכבר זקוקה לו מעת מיתת

אחיו

אמיו ומוכח דנשואין לחולא אסורין, ואפשר לאמר אם הנשואין ע"י ביאה כגון ביבום או אם גומר ע"י ביאה אחר קדושי כסף לרי"ף ורמב"ם דאיכא שמחת ביאה נשואין לחולא אף בלי סעודה אסורין, אבל נשואין ע"י חופה כגון הכונס בבתולה או הכנסה לביתו או יחוד ע"ז כתבו תוס' דליכא שמחה כולי האי בנשואין בלי סעודה ולשיטת הרשב"א והמחבר בסי' תקמ"ו דאם נשא ערב הרגל דמותר לעשות הסעודה בליל י"ט ע"ש י"ל אם ארס בחה"מ בערב י"ט אחרון אז מותר לעשות הסעודה בלילה כמו בנשואין בערב הרגל דמותר לעשות הסעודה בליל י"ט, אבל נשואין בערב י"ט אחרון וסעודה בלילה אסור דנשואין וסעודה כעשו במועד, ויש להביא ראי' לתוס' מקדושין דף י' דמספקינן אם אי ביאה ארוסין עושה או נשואין עושה ואמרי' כ"מ לירשה ולטמא לה ולהפר נדריה ע"ש. וק' למה לא אמרי' ג"כ דכ"מ לקדש בביאה במועד אי ארוסין עושה מותר ואי נשואין עושה אסור דאין נושאין נשים במועד כמו דאסור ליבם במועד משום דיבום נשואין עושה, אע"כ דנשואין בלי סעודה מותר בי"ט ועם סעודה גם בארוסין אסור, אך עיין שם בכתובות מ"ז בשיטה מקובצת שהביא דברי תוס' דנשואין בלי סעודה מן התורה מותר ורק מדרבנן אסור אפי' בלי סעודה כדמוכח במועד קטן ע"ש כונתו על מ"ק דף י"ח ע"ב דשם מוכח דנשואין בלא סעודה אסורין כקושי' חכמת שלמה והיינו מדרבנן, ועיין במג"א סי' תקכ"ד שכ' כן מעצמו והוכיח כן מתוס' ע"ש ובסי' תקמ"ו שכח דברי עצמו שם בסק"א כדחק מאד ליישב קושי' מהרש"ל וכבר תמהתי לעיל על תירוצו והלא אי תוס' מודים דאסור מדרבנן אין כאן ריח קושי' של מהרש"ל, וכ"כ המהרש"א שם בכתובות, לפ"ז עדיין קשה קושיתי הראשונה למה לא אמרי' כ"מ אי יכול לקדש בביאה במועד ובי"ט, ואפשר לאמר על פי מה שכ' ה"ה בפ"י מאישות ה"א דאף אם ביאה נשואין עושה רק לירשה ולטמאה ולהפר נדריה אבל עדיין אסור לבא עליה עד שמכניס אותה לחופה דאל"ה אמאי לא קאמר שם כ"מ אי יכול לבא עליה ע"ש יש לאמר אף אי ביאה נשואין עושה כיון דעדיין אסור לבא עליה ליכא שמחה בנשואין כאלו ומותר לקדש בביאה אף בי"ט ובמועד, דיבום אסור דמאז מותרת לו לגמרי ואיכא שמחה, ועפ"י דברי תוס' הללו מתורצת קושי' טור אבן בחגיגה ח' שתמה על גמרא דבילה ל"ז דאמרינן שם דבי"ט יבום אסור משום גזרה שיכתוב הלא מה"ת אסור, והשתא ניחא דקאי איבום בלא סעודה דמותר מה"ת ורק עם סעודה אסור מה"ת, ובזה יש לתרץ ג"כ מה דקשה לי ממ"ק דף י"ח דשם אמרינן דבארוסין ליכא מלוה ובבילה ל"ו מקשינן על אין מקדשין הא מלוה קא עבד, דיש לאמר דבכלל אין מקדשין נכלל גם חופה וקושי' הגמ' על הנשואין דהוה מלוה ומתרצינן ביש לו אשה ובנים אבל באין לו מותר דבנשואין בלי סעודה ליכא אלא איסור דרבנן ובכה"ג לא גזרו לשיטת ר"ת שם, אבל בנשואין עם סעודה דאסור מה"ת מודה ר"ת דגם באין לו אשה ובנים אסור, והנה לרב ושמואל דנשואין עם סעודה מה"ת אסור, הנשואין לחולא אסרו רבנן אטו נשואין עם סעודה דהוה דאוריתא, אבל לעולא ולרי"כ שאמרו משום טרחא ומשום שיהוי דפו"ר דגם עם סעודה ליכא אי' דאורי' דמלאכת חול המועד רק מדרבנן אסור כמו שכ' תוס' בע"ז דף כ"ב בשם ר"ת דלא כר' אלחנן שם דסובר דמלאכת חה"מ מה"ת ואף אם יעשה בסעודה במועד ליכא אלא דרבנן לדידיה י"ל דנשואין לחולא מותר לגמרי דליכא משום טרחא וכן לרי"כ דבכל חשש שיהוי איכו אלא חשש דרבנן וכמו שכ' רש"י משום שילה בסעודת החג גם לז' ימי משתה ע"ש י"ל נשואין לחולא מותר אף מדרבנן ולא קשה ממועד קטן י"ח דשם תני דבי שמואל ושמואל לשיטתו דנשואין עם סעודה מה"ת משום דאין מערבין שמחה בשמחה לדידי' נשואין לחולא אסורין מדרבנן דגזרו חז"ל אטו נשואין עם סעודה ולפי מה שכ' המשנה למלך בפ"י מאישות בשם הרמב"ן והריטב"א דחופה קודם קדושין מהני אם עושין החופה במועד והקדושין אחר המועד ליכא משום ושמחת בחגך ולא באשתך וליכא משום אין מערבין דליכא שמחה בחופה כהאי דעדיין לא חלין הנשואין כ"א אחר המועד וליכא משום טרחא ושיהוי דאז אין עושין סעודת נשואין כ"א אחר המועד בעת הקדושין, אבל משום גזרה שמא יכתוב בשבת וי"ט איכא דמיד בהתחלת הנשואין כותבין שטרי פסיקתא וכתובה, ובכלל אין מקדשין הוה כמי קדושין אחר החופה ושפיר מקשינן והא מלוה קא עבד דבשעת קדושין הוה הגמר ולק' ממ"ק דף י"ח דאמרי' שם דליכא מלוה בארוסין דבארוסין כהאי ודאי איכא מלוה, ומתרצי' בדיש לו אשה ובנים, לפ"ז בחופה במועד וקדושין אחרי מועד ביש לו אשה ובנים אסור גזרה שמא יכתוב, ובחופה קודם מועד וקדושין במועד בלא"ה אסור משום נשואין במועד, ועיין בתשו' מהרי"א באה"ע סי' קי"ט שמביא קושי' בשם שמן רוקח מאי מקשינן בבילה ל"ו על אין מקדשין והא מלוה קא עבד הלא היא אינה מצוה על פו"ר והוה חטא בשביל שיזכה חברך, ותירץ דאשה ליכא משום גזרה שמא יכתוב דעל החתן לכתוב שטר ארוסין וכתובה, וגם ליכא משום קונה קנין דהוא קונה אותה לירושה ולמעשי ידיה והיא אינה קונה ע"ש אבל במועד דאיכא משום ושמחת בחגך שהוכיח בתשו' שאגת ארי' סי' ס"ו דעשה זו נוהג גם בנשים ע"ש ואין מערבין שמחה בשמחה גם אשה אפי' לר"ת באין לו אשה ובנים אסור לישא במועד דהוה אי' דאוריתא לתוס' במ"ק ח' ולתוס' כתובות מ"ז ועכצ"ל דקושי' הגמ'

הגהו' קאי רק אקדושין דמותרין במועד אבל על נשואין לא, ובתוס' י"ט דאסור במלאכה כמו בי"ט יש לאמר רק לענין אי' מלאכה, אבל העשה דושמחת בחגך ליכא כ"א בי"ט ממש ולא בתוס' י"ט ואינו אלא משום קונה קנין כמ"ש הגמ"א סי' תרמ"ו סק"ד מותר לכ"ת באין לו אשה ובנים, ובבה"ש של י"ט יש לאסור דהוה ספק אי' דאורי', אך בתשו' ש"א סי' ס"ה מבואר דבליל י"ט ראשון ליכא עשה דושמחת ויש להתיר לכ"ת אף בלילה ממש, וכל זה לשיטת תוס' בביצה ל"ו שכתבו דלכ"ת אף חופה מותרת באין לו אשה ובנים, אבל הסמ"ק מובא באחרונים בסי' תקמ"ו כ' דחופה גם לכ"ת אסור ולא התיר רק קדושין ובקדושין ליכא אי' במועד ולפמ"ש דלכ"ת בי"ט ובמועד דהוה אי' דאורי' אסור אף באין לו אשה ובנים יש לתרץ קושי' דרכי משה סי' תכ"ו שהק' על הנך שאוסרין לישא אשה בפורים למה לא תנן במתניתן דמ"ק ח' גם פורים בהדי מועד דה"ל למתנא אין נושאין נשים במועד ובפורים ע"ש ולכ"ת יש לאמר דתני דבר שאסור בהחלט בכל אופן אף באין לו אשה ובנים, משא"כ בפורים דאינו אלא אי' דרבנן אינו אסור אלא ביש לו אשה ובנים אבל באין לו מותר ורק לשיטת רש"י יש להקשות קושיתו, ועיין באבודרהם בה' ברכות ארוסין ונשואין שכ' לקדש אסור בשבת ואם קידש בע"ש והולך לכנס להכניס כלה לחופה בשבת מותר וגם מותר לברך ז' ברכות בשבת ע"ש ולא הבנתי איך מתיר החופה בשבת הלא הוה כקונה קנין בשבת כמבואר בירושלמי הלין דכנסין ארמלין, גם הלא תנן במתניתן ביצה ל"ו אין מיבמין בשבת וי"ט ויבום היינו נשואין כחופה ולא קדושין כמבואר בר"ן בביצה שם, ולרש"י ולרי"ף ורמב"ם ורא"ש וטור בכל אופן אף באין לו אשה ובנים אסור ורק לר"ת באין לו אשה ובנים מותר ובתשו' רמ"א סי' קכ"ה לא התיר רק משום כבוד הבריות שהתקוטטו בע"ש עד הלילה ונתביישה הכלה וגם תופסד הסעודה התיר להכניס לחופה בלילה, ועיין בב"ח בא"ח סי' של"ט שכ' ג"כ כהרמ"א בתשובה להתיר בכה"ג דיש לסמוך על ר"ת להתיר באין לו אשה ובנים, אך להסמ"ק הביאו המג"א בסי' של"ט סק"ה שסובר דאף לר"ת רק קדושין מותרין ולא חופה דהוה משום קונה קנין אין להתיר באין לו אשה ובנים, ורק להתוס' והר"ן בביצה ל"ו דכתבו דר"ת מתיר אף בחופה כתבו כן:

ויש לתלות הא פלוגתא דסמ"ק עם תוס' ור"ן, בב' פירושים ברש"י ביצה דף ל"ז ע"א ד"ה משום מקח וממכר, דבפי' ראשון כ' רש"י מקח וממכר אסור מן המקרא דכתיב ממצא חפצך ודבר דבר, ובפי' שני כ' רש"י א"כ מקח וממכר אתי' לידי כתיבה שטרי מכירה ע"ש לפי' ראשון של רש"י דמקח וממכר מה"ת אסור הדעת נוטה כהסמ"ק לחלק בין קדושין לחופה דחופה דקונה קנין בשבת אסור אף לכ"ת באין לו אשה ובנים דעבר אי' דאוריתא משא"כ בקדושין דאינו אלא משום גזרה שמא יכתוב, ובזה ניחא כמי דלא מקשינן בג"מ על אין מקדישין הא מצוה קא עבד דבהקדש אף בכה"ג אסור דהוה מקח וממכר, אך להסמ"ק קשה הלא על אין מיבמין מקשינן והא מצוה קא עבד ומתרצי' בדאיכא אח גדול והלא יבום הוה כחופה כמבואר בר"ן שם, יש לאמר לפי מה שכ' רש"י ביבמות כ"ח ע"ב ד"ה שומרת יבם דביבם לא בעי קדמה שכיבתו דהא כבר שכיבת בעל הראשון ומהני גם ליבם ע"ש ה"נ י"ל כיון דכבר קנאה הבעל הראשון תו לא הוה ביבם משום קונה קנין ורק משום שמא יכתוב משא"כ באחר שנכנס לחופה, גם יש לחלק ביבם בביאתו מקיים עשה דיבום ועשה דוחה ל"ת ורק ביש לו אח גדול דאפשר באחיו שמוטל המצוה על אח גדול אינה דוחה, אבל בשאר קדושין וחופה דאינה רק הכנה למצות פרי' ורבי' ולא מצוה בעצם כ'. הסמ"ק שפיר דאסור לכנוס לחופה משום דקונה קנין, ותוס' והר"ן סוברים כפי' השני של רש"י דאינו אלא משום גזרה שמא יכתוב וחופה שוה לקדושין דגם שם יש הא גזרה שמא יכתוב, והא דלא מקשינן באין מקדישין והא מצוה קא עבד יש לאמר דוקא במצוה המוטלת על האדם לקיים פ"ור מקשינן כן, משא"כ הקדש וערכין ותרומה דליכא חיוב להקדיש או להעריך רק אם הקדיש עשה מצוה אין להתיר, ויש לעיין בין לתוס' בין לסמ"ק אם מסרה האב לבעל קודם שבת כפי המבואר בכתובות דף מ"ח דמסירה מהני לכל רק בתרומה לא מהני ולשיטת תוס' שם ד"ה ושמואל אמר גם לשמואל מהני לכל דבר דאז ליכא בכניסה לחופה משום קונה קנין דכבר קונה ע"י מסירה אי מותר בכה"ג להכניס בשבת לחופה. ולרש"י שם דשמואל רק לירשה בלבד משום דמחל האב מהני מסירה ולא לשאר דברים עדיין יש בחופה משום קונה קנין בשבת, ובזה יש להליץ על אבודרהם שמתיר להכניס לחופה בשבת היינו כשמסרה הכלה מאביה להחתן קודם שבת וסובר כתוס' דמסירה קונה לכל ושוב ליכא בחופה משום קונה קנין בשבת, או בבה"ש דלא גזרו שבות בבה"ש, או כשקידש בביאה דמספקינן בקדושין י' אי ביאה ארוסין עושה או נשואין עושה והוה בעי דלא אפשטא י"ל בכה"ג ספקא דרבנן לקולא דלפי' שני של רש"י אינו אלא אי' דרבנן בקונה קנין בשבת ואמרינן ספקא דרבנן לקולא דלמא נשואין עושה וכבר קנאה בביאתו לכל מילי, ועיין בתשו' מהרי"א באה"ע סי' קי"ט שמביא קושי' הגאון בעל שערי תורה על הא דאמרינן בכתובות דף ה' מאי איכא בין שקדו לברכה, א"ב בי"ט שחל בע"ש ע"ש והלא להירושלמי דאוסר לכנס בשבת ה"ה בי"ט אסור, והשיב הגאון מהר"י אסאד לכ"ת באין לו אשה ובנים מותר, או לתשו' רמ"א קכ"ד במקום שאין כותבין כתובה מותר או

בבין השמשות דלא גזרו שבות בבה"ש במקום מצוה ע"ש ודבריו נפלאים ממני דרק בשבת אינו אלא אי' דרבנן אבל בי"ט הלא תנן במ"ק ח' דאין נושאין נשים במועד ואמר שם רב משום דכתיב ושמחת בחגך ולא באשתך ושמואל אמר משום אין מערבין שמחה בשמחה וכו' עש תוס' וכן בתוס' בכתובות דף מ"ז ד"ה שמסר דהא דרשות גמורות מה"ת ע"ש ובאי' דאורייתא ודאי לא התיר הר"ת באין לו אשה ובנים, וגם הרמ"א לא התיר בי"ט באי' דאורי' כ"א בשבת וגם לא שייך שלא גזרו שבות בבה"ש כ"א בשבת דאינו אלא שבות אבל בי"ט הא הוה אי' דאורייתא ואף בבה"ש אסור ועדיין קושי' שערי תורה קיימת דהא בכתובות ה' בי"ט שחל בע"ש עסקינן, ורק להלבוש שהבאתי לעיל דכ' דהדרשות אינם אלא אסמכתא וכן משמע מהסמ"ג בה' קדושין סי' מ"ח שכתב אמרו חכמים שאין נושאין נשים במועד לפי שאין מערבין שמחה בשמחה ומשמע כהלבוש לדידיהו יש לתרץ כתירוציו, גם לפי מה שכ' הטור אבן בחגיגה ח' ע"ב דבי"ט של ראש השנה דליכא משום שמחה הוה כשבת רק מדרבנן, או בליל י"ט ראשון דליכא חיוב שמחה ע"ש יש לתרץ כן, גם יש אופן אחר דיש להתיר לשיטת הרי"ף ביבמות כ"ה ורמב"ם פ"י מה' אישות דהעראה גומרת והוה כחופה והוה נשואה גמורה, אם התחיל לבעול קודם לילה וגמר הביאה בליל י"ט דמיד בהכנסת העטרה הוה נשואה וקנה לכל ומילי טוב ליכא בגמר ביאה שום איסור מצד י"ט וכיון דגמר ביאה מירוק אבר הוא בליל ה' יש בו משום ברכה ול"ק קושי' ש"ת, גם כל קושיתו רק לפי' ראשון של תוס' ביומא דף י"ג בירושלמי דבאלמנה רק ביאה גומרת, אבל לפי' השני של תוס' לעיקר וכל הראשונים סוברי' כפי' השני דבאלמנה יחוד הראוי לביאה הוה חופה וקונה הכל ודאי לא קשה קושיתו דהא הכניסה לחופה ע"י יחוד הראוי לביאה ביום ה' עי"ט ובליל י"ט בועל ואז הבעילה מותרת:

ויש לי עיון בזה דלפי מה שכתבנו בי"ט ובחה"מ דהוה אי' דאורייתא בנשואין גם לר"ת אסור אף באין לו אשה ובנים, בי"ט אחרון דכל הי"ט רק מדרבנן אי מותר לישא באין לו אשה ובנים דאפשר דבי"ט אחרון גם לרש"י בביצה ל"ו דסובר דבשבת בכל אופן אסור מודה דמותר בי"ט אחרון דהוה תרתי דרבנן חדא די"ט בעצם רק מדרבנן והגזרה שמא יכתוב או משום מקח וממכר ג"כ אינו אלא מדרבנן והוה תרתי דרבנן ובזה יש מקום לתרץ קושי' שע"ת דכונת הגמ' כשחל י"ט שני בע"ש וי"ט ראשון ביום ה' וקידשה ביום ה' דלר"ת מותר לקדש בשבת וי"ט באין לו אשה ובנים דליכא משום שמחה בקדושין דהא אמר שמואל במ"ק י"ח דמארסין במועד ורק משום גזרה שמא יכתוב בי"ט וזה מותר לר"ת באין לו אשה ובנים ואז יכול להכניס ולבעול בי"ט שני בע"ש כיון דאין לו אשה ובנים, וגם אין ספק אצלי דלר"ת דמתיר בשבת לקדש ולישא באין לו אשה ובנים בפורים דאינו אלא דרבנן דלא יהי' פורים חמור משבת, ובכל אופן נראה לפי מה שכתבו תוס' בכתובות מ"ז ד"ה בשמקרה דאף בי"ט מותר מה"ת בנשואין בלא סעודה דליכא שמחה כולי האי בנשואין לחודא ע"ש דיש להתיר במי שאין לו אשה ובנים לישא בפורים בלי סעודה ולעשות הסעודה בליל ט"ו, דיש לן כמה צדדים להתיר חדא שמא הלכה כר"ת דמותר באין לו אשה ובנים ואת"ל כרש"י הלא בנשואין בלא סעודה הוה תרתי דרבנן דגם בי"ט גופא אינו אלא דרבנן ופורים גופא אינו אלא דרבנן ואין ספק דכה"ג יש לפסוק כהמחבר בא"ח סי' תרצ"ו דמתיר בכל אופן לישא בפורים ואין לחוש לאיסור של המג"א שם, גם יש לי עיון על הפרי מגדים בא"ח סי' תקמ"ו שכ' שם דפשיטא ליה דאם ארסה בביאה אסור להכנסה במועד ע"ש ואני לא אדע מאי פשיטות יש בדבר, חדא הלא בקדושין י' מספקינן אי ביאה ארוסין עושה או נשואין עושה ולא נפשט שם ע"ש ואי נשואין עושה הלא כבר נשאה כשקידש בביאה קודם המועד ולמה תהיה אסורה לו להכניסה במועד, ואף אי ארוסין עושה הלא במחזיר גרושתו מנשואין מפורש במתניתין דמ"ק דמותר דליכא שמחה עוד דכבר בא עליה, וכיון דקידשה בביאה ובא עליה ג"כ יש לאמר דליכא שמחה כולי האי בנשואין במועד כמו דאמרינן בקידשה בביאה וכנסה לחופה בנדותה דמותר להתיחד עמה דכיון דבעל אותה נתקררה דעתו ואין יצרו תקפו כל כך יש לאמר דליכא שמחה אצלו כ"כ, אם לא שנחלק במחזיר גרושתו א"צ עוד לז' ימי משתה ומשא"כ בקידש בביאה כשמכניסה לחופה צריך לחוג ז' ימי משתה ושייך ושמחת בחגך ולא באשתך וגם משום אין מערבין שמחה בשמחה:

יג) נשואין בימי ספירה ובין המצרים מי"ז בתמוז עד אחר ט' באב, ובתענית צבור:

א' ימי הספירה הם מיום ב' דפסח עד חג השבועות, וביבמות ס"ב ע"ב תנא שי"ב אלף זוג תלמידי ר"ע מתו מפסח עד עצרת וכולם מתו מיתה רעה מתו באסכרה, מלשון זה משמע שבפסח לא מתו רק ממוצאי פסח עד שבועות, וגם משמע שלא פסקו מלמות מידי יום ביומו מתו רבים, וכל בית ישראל קיבלו להתאבל על מיתתם שלא לישא נשים בימים הללו, ובפסח בלא"ה אסור דאין נושאין נשים במועד כמבואר במ"ק ח', ולפ"ז כל הימים מפסח עד עצרת אין לישא נשים ומהתימא שלא נמצא מזה בתלמוד בבלי ולא בירושלמי שום רמז שלא לישא בימים הללו, ואם בשעת חימום בעת צרה בעת שהיה העולם שמם ונשתכחה התורה

התורה אם אז לא חשו להתאבל ולא קיבלו אז עליהם שלא לישא נשים, מה היה לדורות הבאים לחדש אבלות ישנה ולקבל עליהם מה שלא קיבלו אבותיהם שהיו אז בעת צרה, גם אנחנו לא נדע באיזה זמן התחילו להתאבל ושלא לישא? ולדעתי התחלת האבלות היתה כמ"ש הט"ז בא"ח סי' תל"ג סק"ב בשנת תתכ"ו לאלף החמישי שנהרגו הרבה קהלות באשכנז בין פסח לעצרת וקידשו ה' ולא המירו את דתם ואמונתם והיו ראוי להתאבל על הרבה אלפים צדיקים וחסידים שמסרו נפשם על קדושת השם משא"כ במיתת תלמידי ר"ע שמתו על שלא נהגו כבוד זה בזה וע"ש במהרש"א בחידושי אגדות שדברו לשון הרע על זה ולכן מתו באסכרה ע"ש ומתו בחטאם לכן לא התחילו אז באבלות להתאבל על מיתתם, אבל חזו לאצטרופי מיהא הוה בזמן תתכ"ו שנשמדו רבבות צדיקים מישראל בין פסח לעצרת דבשכנתא תרי זימנא הוה חזקה וכיון שגם שלמידו ר"ע מתו בין פסח לעצרת והוה תרי זימנא בזמן אחד קיבלו עליהם שלא לישא בימים הללו ועיין ברוקח סי' שכ"ה שכ' מנהג שאין נושאין בין פסח לעצרת לפי שימים עלולים שנפל מגפה בתלמידיו של ר"ע ע"ש ולשונו נראה משום שימים הללו הם ימי סכנה ואף שמלוה מגינה ומצלת היכא דשכיח היזקא שיישינן, ואפשר שבשנת תתכ"ו לא היו שמדות עד ר"ח אייר ולא בל"ג בעומר ולא מר"ח סיון עד שבועות ולכן נושאין נשים בימים הללו ואין אומרים תחנון באלו הימים, ועיין בב"ח סי' תל"ג שכ' דאף לאותן שאין נושאין בר"ח אייר כשחל בחול אם חל ר"ח אייר בשבת נושאין בו דהוה תרתי שבת ור"ח ע"ש ולא הבנתי הלא בשבת אסור לקדש ולישא כמבואר בביצה ל"ו, ואין לאמר דסובר כר"ת שם דבאין לו אשה ובנים מותר לקדש ולישא בשבת, הלא הב"ח בא"ח סי' תקכ"ד כ' דאף לר"ת רק לקדש מותר בשבת אבל החופה בכל אופן אסור דקונה קנין בשבת ע"ש ול"ע ועיין בבאר היטב סי' תל"ג שמביא בשם מהר"ש לומאזי ובשם פרי חדש שמותר באין לו אשה ובנים לישא בימי ספירה וכן באם אין לו מי שימשנו, ובתשו' שבות יעקב ח"ב סי' ל"ה חולק עליהם ועל תשו' חינוך בית יהודא שהתיר ג"כ לישא בימי ספירה למי שאין לו אשה ובנים, והוא אמר עפ"י מה שכ' הר"ן סוף פרק קמא דתענית דמה שנוהגין שלא לישא בין המצרים אף למי שאין לו אשה ובנים משום דלא משמחא מלתא ומחלק בין אבלות דרבים ובין אבלות דיחיד ע"ש ובאמת יש חילק גדול בין אבלות דבין המצרים על חורבן הבית דיש לו יסוד במקרא ובמשנה ובגמרא, אבל בימי הספירה לאסור הנשואין אין להם שום רמז לא בתלמוד ולא ברי"ף ורמב"ם, לכן נראה לענ"ד דעיין ברבנו ירוחם נתיב כ"ב חלק ב' שכ' וז"ל לקדש ולכנוס בין פסח לעצרת כ' רב האי ז"ל בתשובה שמקדשין כי אין שמחה אלא בחופה ובסעודה ע"ש ומזה נראה שרב האי התיר לקדש ולכנוס בימי ספירה בלי סעודה וזהו כמו שכתבו תוס' בכתובות מ"ז דאף דבי"ט מה"ת אסור בנשואין דוקא בנשואין עם סעודה אבל בנשואין בלא סעודה דליכא שמחה כולי האי ליכא אי' דאוריתא ע"ש ולכן התיר רב האי בנשואין בימי ספירה בלא סעודה דליכא שמחה כולי האי לפ"ז במי שאין לו אשה ובנים דבלא"ה מתירין כמה גאונים יש לסמוך על רב האי להתיר נשואין בלי סעודה אם הוא שעת הדחק, ועיין במג"א סי' תל"ג סק"א שמתיר לארס ולעשות סעודה בימי ספירה ע"ש ועיין במ"ק י"ח דמותר לארס בחול המועד משום שמא יקדמנו אחר אבל סעודה אסור לעשות משום שמחה ע"ש כמו כן יש לאסר בימי ספירה שלא לעשות סעודת שמחה כמו בנשואין וכן בין המצרים פסקינן בש"ע א"ח סי' תקנ"א סעי' ב' לארס מותר אבל לעשות סעודה אסור והבאתי לעיל בשם שבות יעקב דמשוה ספירה לבין המצרים ע"ש אך ע"ש בסעי' יוד שכ' הרמ"א בסעודת ארוסין מר"ח אב עד ט"ב אוכלין בשר ושותין יין, וע"ש במג"א ס"ק ל"ד שהק' מסעי' ב' דאין עושין כלל סעודת ארוסין ע"ש ונראה דעיין בבאר היטב בא"ח סי' תל"ג סק"א שמביא בשם מהריק"ש בספר ערך לחם דלחזור גרושתו מותר בימי ספירה ע"ש וטעמו דלא יהי' חמור מחול המועד דתנן במ"ק מ' ע"ב דמותר לחזור גרושתו במועד דליכא שמחה כולי האי, לפ"ז ה"ה בין המצרים מותר להחזיר גרושתו, ואם אירס אותה מותר לעשות סעודת ארוסין והוה סעודת מלוה ומותרים בבשר ויין:

ב' וייש לעיין כמו דאין נושאין נשים מי"ז עד אחר ט"ב משום דלא משמחא מלתא, אי נושאין בשאר תענית צבור כגון בעשרה בטבת או בצום גדלי' ואסתר תענית, ומצאתי בתוס' בערובין דף מ' ע"ב ד"ה דלמא אתי' למסרך שכתבו מעשה היה בחופה בעשרה בטבת נתנו הכוס לתינוק לשתות ע"ש ומזה נראה שבזמן בעלי תוס' עשו החופה בי' בטבת אף שבו ביום הובקעה העיר והוזכר בזכרי' ח' לצום בו כמו בצום הרביעי וצום החמישי ולמה לא חשו גם בזה דלא משמחא מלתא כמו בין המצרים? אם לא שנאמר עפ"י מה שכתבו תוס' בכתובות דף מ"ז ד"ה בשמשר דעיקר השמחה בסעודה ולא בנשואין ע"ש ולכן בי"ז בתמוז אם יהיו הנשואין בי"ז בתמוז והסעודה בלילה הלא אז הוה בין המצרים וכן בט' באב בלילה הלא עיקר שריפת ההיכל היה בי' אב, אבל אם עושין החופה בי' טבת או בצום גדלי' או בתענית אסתר כמ"ש המג"א סוף סי' תרל"ו דיש לעשות חופה בתענית אסתר ע"ש יכולים לעשות הסעודה בלילה שאחריו לכן עושין החופה ביום התענית, אך לפ"ז הי' רשאין לעשות החופה בט' באב שנדחה דבלילה שאחריו הוא י"א באב ואז כבר נשרף ההיכל, ועיין במג"א

סי'

סי' תקכ"ט סקי"א שמביא בשם כ"ש הלוי סי' ב' דחתן ביום תענית צבור לא ישלים תעניתו אעפ"י שהי' בידו לדחות הנשואין ובתוך ז' ימי המשתה ישלים והנה מתוס' ערובין שהבאתי מוכח דצריך להשלים מדכתבו לתינוק לשתות ולא לחתן וכלה כמו בכל חופה, וע"ש באלי' רבה שכ' שבתענית הכלה מותר להחתן לשתות ואף שבמדינתנו שהחתן והכלה לעולם מתענין הא אין משלימין התענית, והחתן והכלה יכולים לאכול די"ע שלהם הוא רק שלא יעשו הסעודה ביום כ"א בלילה:

יד) נשואין בלילה, ובסוף חודש, וביום א' של ימי השבוע, ובאיזה שעה ביום:

א' נשואין בלילה, עיין באה"ע סי' כ"ו בבאר היטב שמביא בשם תשו' רא"ם ח"ב סי' ל"ה שכ' כיון שנפסל הגט שניתן בלילה מגמגם אני על הקדושין שמקדשין בלילה דמקשינן הויה ליציאה ויש לדין בדבר, ובתשו' מהר"י מינץ בסדר הגט סי' כ"ז כ' אשה שקיבלה גיטה אינה מגורשת וספק אי הוה קדושין ע"ש ומביא הבאר היטב בשם כה"ג שכ' פה הי' מנהג קבוע לקדש בלילה ובטלתי המנהג ע"ש אך עיין ברמב"ם פרק י' מאישות ה' י"ד שכ' שמקדשין בין ביום בין בלילה וכ"כ הסמ"ג בסי' מ"ח, ועיין בשעה"מ בפ"א מה' גרושין ה"א שמביא הרא"ם ור"י מינץ וכתב דהם קאי רק אקדושי שטר דרק קדושי שטר אתקשי ליציאה כמבואר בהירושלמי ר"פ האומר אבל בקדושי כסף וביאה יכולים לקדש אף בלילה ע"ש אך מהכנסת הגדולה שהבאתי לא נראה כן דהא מנהג העולם לקדש בטבעת ולמה ביטל המנהג שקידשו בלילה בכסף מזה נראה שאינו מחלק, ועיין בספר ברכי יוסף באה"ע סי' כ"ו סק"ג שמביא בשם ספר פרי האדמה שהוכיח מהרמב"ם בפ"י מה' אישות ה' י"ד שכ' דארוסין בין ביום בין בלילה ולא כתב כן בנשואין אלמא דאין לעשות נשואין בלילה ע"ש ועיין בתשו' הגאון מהר"י אסאד באה"ע תשו' כ"ג שמביא ראי' מכתובות דף מ"ז דאמרינן שם שמסר האב את בתו לנשואין בלילה אלמא דיכולין לקדש בלילה ע"ש והנה משם אין להוכיח רק דמן התורה מהני נשואין בלילה, וע"ש בתוס' ד"ה שמסר שכתבו דנשואין בלא סעודה עושין בי"ט וע"ש במהרש"א ובשיטה מקובצת שם בשם תוס' דכונתם מן התורה ומותר דהתם אקרא קיימינן אבל מדרבנן נשואין בלא סעודה ג"כ אסור כדמוכח ממועד קטן דף י"ח ע"ש וה"ה בקדושין בלילה יש לאמר דמה"ת מהני אבל עדיין י"ל דלכתחלה אין לקדש בלילה דגם בגט כ' בס' גט פשוט סי' קכ"ד סעיף כ"א דלכתחלה אין לגרש בלילה ובדיעבד הגט כשר וה"ה בקדושין י"ל כן, ובזה נראה כמי מה שהביא הברכי יוסף ראי' מתשו' רמ"א סי' קכ"ד ומהרמ"א בא"ח סי' של"ט שהתיר לקדש ולישא בליל ש"ק ע"ש דהרמ"א התיר משום ביום חתן וכלה דגדול כבוד הבריות שדוחה ל"ת שבתורה ע"ש ועדיין יש לאמר דהיכא דליתא להאי אין לקדש בלילה, והאחרונים מביאים ראי' מקדושין דף י"א דאמרינן שם שקדשה בלילה, ולפמ"ש י"ל רק בדיעבד הקדושין קיימין ושם נאמר שקדשה ולא שמקדשין, בלילה ובלא"ה ליכא ראי' משם לפי מה שכ' המקנה שם דלילה לאו דוקא דהא צריכין העדים לראות הקדושין, אלא שהי' סמוך ללילה ולא ראתה כמה היו מטבעות בשעת הקדושין ע"ש ועיין בתשו' פרח מטה אהרן ח"ב סי' ל"ה שנשאל אי מקדשין בלילה כיון דאין מקדשין החודש בלילה והשיב שדין זה אין לו שורש ולא מצא שום גילוי לזה לא בגמרא ולא בפוסקים ע"ש והנה השואל והמשיב לא הזכירו כלל מדהוקש הויה ליציאה רק משום דאין מקדשין החודש בלילה ומשיב שאין דומין זה לזה:

ב' לישא בסוף חודש, עיין בש"ע י"ד סי' קע"ט ובהג"ה באה"ע סי' ס"ד שכ' נהגו שלא לישא נשים אלא במילוי הלבנה, ועיין במקנה באה"ע שם שהקשה מש"ע א"ח סי' תקנ"א ונוהגין שאין נושאין נשים מי"ז בתמוז עד אחר ט"ב, הלא בלא"ה אין נושאין בסוף חודש אחר מילוי הלבנה ע"ש ויש לאמר דאחר מילוי הלבנה אם עשו הנשואין בדיעבד עושים אחר החופה סעודת נשואין דרק החופה אין לעשות לכתחלה, משא"כ מי"ז בתמוז ואילך אם עשו החופה בדיעבד אין עושין הסעודה דעיקר שמחה בסעודה כמו דאמרינן שם דמותר לארוס אבל סעודת ארוסין אין לעשות, ועוד זאת הלא הלבוש בי"ד סי' קע"ט סעי' ב' כ' הא דאין נושאין נשים אלא במילוי הלבנה אינו אלא לסימן טוב בעלמא ע"ש ואם החתן והכלה אינם חשים על זה שיהי' להם לסימן טוב אנחנו א"צ לחוש לכך אם הם אומרים אי אפשי בתקנת חכמים לא כן בנשואין בין המצרים אם החתן והכלה רוצים לישא אנחנו צריכים למחות והרב אינו רשאי לסדר קדושין בימים הללו שהם ימי אבל ואסורים בשמחה, ובאמת אני תמה הלא לר"ת בביצה ל"ו מותר לקדש אשה בשבת וי"ט אם אין לו אשה ובנים לקיים עשה דפרי' ורבי' אף דהוה איסור המפורש במתניתן שם ואיך נשהה המצוה דפו"ר כל כך שלא לישא מחצי חודש ומעלה משום סימן בעלמא זהו נגד השכל, הלא שומר מצוה לא ידע דבר רע לכן במי שאין לו אשה ובנים לא ישהה המצוה ולא יחוש לסימן טוב:

ג' אי לעשות נשואין ביום א' בימי השבוע.

עיין ברמב"ם פ"י מאישות י"ד שכ' שאין נושאין נשים לא בע"ש ולא בא' בשבת שמא ישחוט בן עוף, וע"ש בהרב המגיד שכ' ועכשיו במקומותינו נהגו לישא אשה בשישי ולא ידעתי על מה סמכו בזה וקיים בשם הרמב"ן והרי"י מגאש שהוא מנהג בורות לישא בשישי אלא שלא מיחו בידם, ויש לדייק למה הביא ה"ה ולא אמר שעכשיו המנהג לישא ביום א' וכן יש לדייק בהש"ע סי' ס"ד סעי' ג' באה"ע שמביא דעות בזה וקיים וכן פשוט המנהג לישא נשים בע"ש ע"ש וכן כ' הלבוש שם בסי' ס"ג ולמה לא כתבו ג"כ שהמנהג לישא בא' בשבת, מזה נראה שבאמת לא נהגו לישא בא' בשבת כמו שכתב הרמ"א בתשו' קכ"ד שאינו מדרך המקומות לעשות הנשואין ביום א' כחוקת הגוים שעושין נשואיהן ביום אידם ע"ש אך יש לאמר מטעם אחר לא כתבו כן דעיין במקנה באה"ע שם שכ' דאחד בשבת לאו דוקא אלא שלא תנשא במוצאי שבת דאם הנשואין ביום א' הלא בכתובות ה' אמרינן דאם ערב יה"כ ביום א' אין לחוש שישחט בשבת דהא אית ליה רווחא לשחוט בליל מ"ש ה"נ אית ליה רווחא לשחוט במ"ש וגם מדמקשינן לעיל דף ג' ותנשא ביום א' ומרבינא ורב חביבא שעשו נשואין ביום א' מוכח דנשואין ביום א' עכ"ה לפ"ז דביום א' נושאין רק במ"ש ומובן שפיר שלא כתבו שהמנהג שנושאין דבמ"ש באמת אין נושאין בשום מקום ורק ביום א' נושאין דלאו משום לילך אחרי חוקותיהם עושין כן כ"א משום דביום א' שובתים העסקים שהוא יום אידם ויש לנו פנאי לחוג את יום הנשואין בלי הפסד ובלי ביטול עסק, ועפ"י דברי המקנה שהבאתי מוכח כנגד הרא"ש ור"י מיגש שהבאתי לעיל אות ד' דאוסרין הנשואין בלילה דהא חזינן דרק בליל מש"ק אסורין הנשואין משום שמא ישחט בן עוף בשבת אבל בליל אחר מותר לכתחלה לעשות הנשואין:

ד' באיזה שעה ביום יש לעשות החופה.

עיין במהרי"ל בה' חתונה שכ' בעלות השחר ביום השישי היה קורא השמש לבא לבה"כ והיה קורא אגב לבא אל המיין והוליך הרב החתן לפניו עם כלי זמר וחוזרים ומביאים הכלה וחברותיה ויושבים שם החתן והכלה אצל פתח ב"ה, ואח"כ מוליכין הכלה לביתה ואת החתן מוליכין לבית הכנסת ומתפללים ועושין הברכה מיד אחר התפלה בשחר ומביאים הכלה עד פתח בה"כ ומוליך הרב החתן על המגדל בבה"כ ואח"כ הולך הרב וחשובין עמו ומביאין הכלה על המגדל ע"ש ומבואר שעשו החופה בשחרית אחר תפלת שחרית, אך אפשר לאמר דרק בע"ש שכתב בעלות השחר ביום השישי עשו החופה בשחרית לעשות הסעודה קודם חצות משום כבוד שבת, אך עיין בבאר היטב באה"ע סי' ס"א סק"ה שמביא בשם כנסת הגדולה דבימים שאין מתענין יעשה החופה בשחרית ולא יאכל עד אחר החופה משום שכרות ע"ש מזה נראה שביום שמתענין חתן וכלה אין עושין בשחרית כ"א אחר מנחה שיתענו חתן וכלה עכ"פ רוב היום, ועיין במקנה באה"ע סימן ס"א סעיף א' שכ' כיון דאחר החופה מיד מתחילין ז' ימי המשתה והוה רגל שלהם ואסורים להתענות ומהאי טעמא אי אפשר לעשות החופה מיד בבקר דמיד אחר החופה אסור לחתן ולכלה להתענות ואם תהי' החופה מיד בבקר לא יתענו כלל ביום סליחה ומחילה שלהם לכן ממתינים בהעמדת החופה עד אחר מנחה עכ"פ שיתענו רוב היום, אבל להאי טעמא שלא ישתכרו היו יכולים לעשות החופה בשחרית בבקר ע"ש לפ"ז באותן הימים שאין מתענין בראשי חדשים בחנוכה ופורים וט"ו באב וט"ו בשבט שפיר יכולים להעמיד החופה בבקר אחר תפלת שחרית, ובאותן הימים שמתענים אין להעמיד החופה כ"א אחר מנחה שיתענו רוב היום עכ"פ:

טו) באיזה מקום מעמידין החופה, אי בבית הכנסת, או תחת השמים:

א' עיין בהג"ה באה"ע סי' ס"א שכ' יש אומרים שיש להעמיד החופה תחת השמים לסימן טוב שיתרבו ככוכבי השמים ע"ש אך הרמ"א בי"ד סי' של"א כ' שם ג' פעמים זה אחר זה שהחופה וז' ברכות הם בבית הכנסת ע"ש וגם הבית שמואל באה"ע סי' ל' סק"ט כ' בפשיטות שהקדושין הם בבה"כ ע"ש והמהרי"ל בה' חתונה כ' שמעמידין החתן והכלה ואם של שניהם על המגדל בבית הכנסת בשעת החופה וז' ברכות ע"ש ובתשו' מהר"ם מינץ ישן בסי' ק"ט כ' דמעמידין חתן וכלה סמוך לארון הקודש בשעת החופה, ועיין בכרם שלמה באה"ע סי' ס"א שכ' שי"ל שמהרי"ל בחצר בה"כ ולא בבה"כ קאמר, ואין ספק שלא ראה המהרי"ל בפנים אלו היה רואה הלא שם מפורש באר היטב במגדל שבבית הכנסת ובמהר"ם מינץ מפורש אצל ארון הקודש, וע"ש שמביא ראי' מקדושין דף נ"ב ע"ב מתוס' ד"ה וכי אשה בעזרה מנין שפירשו אשה בעזרה להתקדש הרי אין רגילות שתכנס לשם כדי להתקדש שהרי בזיון הוא ומלתא דלא שכיח הוא ולא איירי תנא מזה ע"ש והנה הוא עצמו הביא שם בשם ראש יוסף שמא תפרוש נדה ע"ש וזה שייך בעזרה שאסור לטמא לכנוס שם או לשהות שם משא"כ בבה"כ הלא מבואר בש"ע א"ח סי' פ"ח בהגה שם שנשים נדות בימי ראיתן מותרות לילך לבה"כ ועיין במג"א שם סק"ג אשה שמשיאה בנה או בתה שרי בכל גוונא אף לי"א

לילך

נילף לבה"כ אף בימי גלותא ע"ש ואף בעזרה לא כתבו תוס' דיש איסור לקדש שם אשה רק דלא שכיח אבל משום איסור ליכא, ועיין בתשו' אמרי אש בסי' ט' וי' שכ' שם שאין להעמיד החופה בבה"כ דבר שאבותינו ואבות אבותינו מעולם לא נהגו כן ע"ש והעלים עינו ממהרי"ל וממהר"ם מינץ ורמ"א וב"ש שהבאתי שבימיהם העמידו החופה בבה"כ הלא הגאונים הללו המה אורן של כל ישראל אחריהם נמשכו כל בית ישראל והם לא חשו לשום כלום איסור בהעמדת החופה בבה"כ, ולמה נבא אנחנו לבדות איסורים חדשים אשר לא שערום אבותינו דעיין שם שמביא ממגילה כ"ח דאין לעשות הספד של יחיד בבה"כ דגם חופה אין לעשות בבה"כ, ואין הדמיון עולה יפה דבהספד ליכא מצוה ולא שום ברכה ולמה נעשה בבה"כ, משא"כ חופה וקדושין דיש מ"ע דאורייתא דפו"ר וגם ז' ברכות דבעי במנין עשרה ראוי ונכון לעשותן בבה"כ במקום הקבוע להתפלל שם כמו שכ' אמ"ו בעל ח"ס בא"ע סי' ל"ח שראו רבותינו הקדמונים ז"ל שראוי לברך ז' ברכות במקום קדוש במקום קבוע להתפלל, אך ע"ש מה שכ' אמ"ו דבימי מהרי"ל ומהר"ם מינץ עשו קודם החופה המאיין תחת כוכבי השמים לכן עשו אח"כ החופה וז"ב בבה"כ, משא"כ הרמ"א שבכל מדינות פאלען ורוסי' אין עושין מאיין תחלה קודם החופה לכן כ' לעשות החופה תחת השמים לסימן טוב, תמוה לי הלא גם הרמ"א כ' בהדי' ג"פ זא"ז בי"ד סי' שנ"א דעושין החופה וז"ב בבה"כ גם מה שכ' אמ"ו שם דעתה באשכנז אף שעושין המאיין בכל זאת עושין החופה בחצר בה"כ משום שאין עושין פרוזדור לבתי כנסיות שלהם והאורחים הבאים מתפללים בחצר והוה גם החצר מקום קבוע להתפלל לכן מעמידין שם החופה, לא הבנתי הלא גם המהרי"ל ומהרם מינץ היו באשכנז וגם אז לא הי' לבתי כנסיות פרוזדור ולמה העמידו אז החופה בבה"כ על המגדל ולא בחצר, ומה שכ' אמ"ו דמש"ה כ' במהרי"ל דבאלמנה עושין החופה בחצר בה"כ משום דאין עושין מאיין באלמנה ע"ש לדידי נראה דיש לאמר טעם אחר דרק בבתולה החופה שלנו גומרת הנשואין אבל באלמנה אין החופה גומרת רק או ביאה ממש או יחוד הראוי לביאה כמבואר בא"ע סי' ס"ד לכן בבתולה מעמידין החופה שהיא גמר המצוה בבה"כ ולא החופה של אלמנה, ובכל אופן מבואר בדברי רבנו דראוי ונכון לעשות החופה וז"ב במקום קדוש במקום הקבוע להתפלל וכיון דבבה"כ שלנו עושין פרוזדור ואין האורחים מתפללים בחצר בה"כ הוה החצר של בה"כ כחצר דעלמא וראוי ונכון לעשות החופה בבה"כ, ואין עושין כן משום שהאומות מזווגים בבית תפלתם הלא בימי מהרי"ל ומהר"ם מינץ ג"כ עשו האומות כן והגאונים הללו לא חשו ע"ז, וכי ניחא שאנחנו לא נתפלל בבית הכנסת משום שהאומות מתפללים בבית תפלתם. ככה אנחנו מברכין ז' ברכות שצריכות מנין עשרה בבה"כ, ויש לנו סמך במלאכי קפי' ב' פסוק י"ג דכתיב וזאת שנית תעשו כסות דמעה את מזבח ה', ואמרתם על מה על כי ה' העיד בינך ובין אשת נעוריך וע"ש בביאור שכ' פה אצל מזבח העיד ה' בינך ובין אשת חיקך כי כן דרך לכרות ברית על דבר לקיום אצל מזבח ה' ע"ש ועתה אין לנו מקדש גדול כ"א מקדש מעט כורתים ברית הנשואין לפני ארון הקודש, ועיין בכל בו סי' ע"ה שכ' שמעטפין החתן בטלית ויש מקומות נהגו שמניח גם תפלין וכל זה אם החופה בבה"כ וראיתי בספר שחיבר הגאון המפורסם ר' הרש חיות זצוק"ל אב"ד דק"ק זאלקאווא שבכל מדינות פוילען אין מעמידין החופה תחת השמים ואם היו יודעים רבנים מאונגארן מזה היו בושים ונכלמים על מה שמרעישים לעשות החופה תחת השמים דוקא ע"ש ולפי המבואר בתשו' ח"ס שאין לחוש לשום כלום איסר בבה"כ רק משום סימן טוב שיתברכו ככוכבי השמים תמה אנכי מאד וכי אם החתן והכלה אינם חשים לסימן טוב צריכים אנו למחות למה אנחנו מחשים אם עושין החופה בסוף חודש הלא המחבר בי"ד קע"ט והרמ"א בא"ע סי' ס"ד כתבו שלא לעשות כ"א בעת מילוי הלבנה משום סימן טוב ועתה רובא דרובא עושים בסוף חודש ואין מי שפוצה פה ומצפצף, גם אפשר לאמר דעיין בבאר היטב בא"ע סי' כ"ו סק"ד שמביא בשם כה"ג דנהגו לעשות החופה בלילה ע"ש ובכל מדינות פוילען עד היום רוב החופות מעמידין בלילה ואז הכוכבים נראים ומאירים אז יש סימן טוב להעמיד תחת הכוכבים, אבל אצלנו שמעמידין החופה באמצע היום ואין הכוכבים נראים כלל אז ליכא שום סימן טוב להעמיד תחת השמים:

גם עיין בתשו' רמ"א סי' קכ"ד וברמ"א בא"ח סי' של"ט שהתיר לקדש ולעשות החופה בליל ש"ק אף דתנן במתניתן ביצה ל"ו דאין מקדשין בשבת משום דגדול כבוד הבריות שדוחה ל"ת שבתורה ע"ש ואין לך בזיון גדול מזה כשמעמידים בישובים ובכפרים חופה בחוץ, שמה יתאספו כל התושבים נכרים אנשים ונשים וטף למאות והחתן והכלה והשושבינים והמסדר קדושין יתערבו בגוים שדוחקים אותם הנה והנה ומתלוללים ושוחקים אין לך בזיון גדול מזה שאנו לשחוק ללעג ולקלס בין העמים ולא נשמעו הברכות ע"י הרעש וגדול כבוד הבריות לעשות החופה בבה"כ, שמה יבואו רק ישראלים שמה מברכים הברכות בכונה במקום קדוש במקום הקבוע להתפלל, גם הרבה פעמים בא רוח גדולה וחזק ועוקר החופה מהכלונסות ויתבלבלו המסדר קדושין והמברך ז"ב וע"י הבלבול אין העדים רואים הקדושין, והרבה פעמים יורד גשם שוטף מן השמים המלכלך החתן והכלה וכל העומדים

שם וכי אפשר לעשות הכל בכונה הראוי בשעת סער וגשם לכן עושים עתה רוב מדינות אייראפא החופה בבה״כ ולא תחת השמים, כמו שעשו רבותינו לפני כמה מאות שנים בארץ אשכנז, ואני נוהג מי שחפץ בברכה מעמידין לו החופה תחת השמים, ומי שאינו רוצה וחפץ בחופה בבה״כ אנו שומעין לו ועושים כרצונו:

טז) התענית שמתענים החתן והכלה ביום חופתן:

א׳ בש״ע אה״ע סי׳ ס״א בהג״ה שנוהגין שהחתן והכלה מתענים ביום החופה, ובש״ע א״ח סי׳ תקע״ג בהג״ה שם מבואר באיזה ימים יתענו ובאיזה ימים לא יתענו ע״ש ומקור הטעם הוציאו הפוסקים מהירושלמי סוף מס׳ בכורים שם תני שהחתן חכם נשיא גדולה מכפרת, חתן וילך עשו אל ישמעאל ויקח את מחלת בת ישמעאל וכי מחלת שמה הלא בשמת שמה אלא שנמחלו לו כל עונותיו ע״ש הנה שם לא נאמר משום שהוא יום מחילה שצריך החתן להתענות, ובאמת קשה הלא תני יחדיו חכם נשיא וגדולה מכפרת ולמה לא שמענו שהחכם והנשיא יתענו ביום התמניות שהוא יום מחילה וסליחה, גם שם תני חתן דוקא ולא כלה ומנין להפוסקים שגם לכלה מוחלין העונות הלא יש לאמר דוקא להחתן שמצווה על פרי׳ ורבי׳ וביום הנשואין עושה מצוה רבה מוחלין לו עונותיו, אבל לכלה שאינה מצווה על עשה דפו״ר אכלה ליכא מצוה בנשואין והוא יום הנשואין אצלה כיום אחר, גם עיין במדרש רבה סוף פ׳ תולדות על קרא דוילך עשו אל ישמעאל ר׳ יהושע בן לוי אמר נתן דעתו להתגייר מחלת שמחל לו הקב״ה על כל עונותיו ע״ש נראה משם שריב״ל פליג אירושלמי דלאו משום שעשו נשא אשה נמחלו לו עונותיו כ״א משום שנתן דעתו להתגייר ולגר מוחלין לו כל עונותיו כמבואר שם בירושלמי סוף מס׳ בכורים שהבאתי, ועיין בב״ש אה״ע סי׳ ס״א סק״ו שמביא בשם הב״ח דלפי הטעם משום מחילה וסליחה צריכין להשלים התענית ולפי טעם שני דיש לחוש שישתכרו ולא יהי׳ בדעה מיושבת בשעת הקדושין א״צ להשלים וכבר כ׳ בכנסת שבעה סימן י״ב אות ע״ו וגם המקנה בק״א באה״ע שם דלאחר החופה יתחילו ז׳ ימי המשתה ורגל שלהם ואסורים בתענית מאז והלאה, והחופה היא כנעילה ביה״כ ע״ש, ובאמת יש לחלק בפשיטות דמלבד יום מחילה צריכין להתענות ממש, אבל לטעם משום שכרות למה יתענו לגמרי הלא די אם יאסרו לשתות כל מיני משקין המשכרים עד החופה ולמה יאסרו באכילה, והנה ראה זה מצאתי ברוקח סי׳ שנ״ג שכ׳ טעם חדש למה מתענין החתנים עד לאחר הברכה כ׳ וז״ל מה שמתענים החתנים עד לאחר הברכה מצאתי באגדה מפני שמצוה חביבה עליהם כדרך שעושין חסידים הראשונים שהיו מתענין על מצוה החביבה כגון לולב ושאר דברים ע״ש ומזה תראה שהרוקח שכל דבריו דברי קבלה לא חש להנך טעמים שהבאתי וכמו שכתבתי לעיל, כי אם שמצא באגדה משום חביבות המצוה כמו שמתענין עד אחר נטילת לולב ומה״ט לא כתב ששניהם החתן והכלה יתענו כ״א החתנים מתענים דרק הם מקיימים מ״ע דפו״ר ולא היא שהיא אינה מצווה, גם כמו דבלולב נוטלים מיד בשחרית ואוכלים אח״כ כמו כן יכולים להקים החופה בשחרית ואח״כ מותר באכילה, ולפ״ז יש להתענות גם בר״ח וחנוכה עד הקמת החופה דהא בלולב אף בי״ט מתענים עד שנוטלין הלולב והא גם בחופה יכולים להקדים להקימה בשחרית:

ב׳ עיין במג״א סי׳ תקס״ט סוף סק״א שמביא בשם ר״ש הלוי שהחתן ביום תענית ציבור לא ישלים תעניתו אעפ״י שהיה בידו לדחות הנשואין, וכ׳ הכה״ג דמיירי במקום שלא נהגו לצום ביום החופה עש״ה ובאמת א״ל לכך לפי מה שהבאתי לעיל בשם בעל כנסת שבעה והמקנה באה״ע סי׳ ס״א דמיד משעת החופה מתחילים ז׳ ימי המשתה שהוא רגל שלהם ומאז אסורים בתענית יש לאמר דהר״ש הלוי שפיר מיירי במקום שמתענים, אך מהחופה ואילך מהתחלת הרגל שלהם נדחה התענית ע״י הרגל ואסורים להתענות אחר החופה אף ביום התענית, ועיין בפתחי תשובה אה״ע סי׳ ס״א סק״ע שמביא בשם חכמת אדם כלל קט״ו דין ב׳ שאם החופה ב׳ שעות בלילה א״צ להתענות כ״א עד צאת הכוכבים דלא קיבלו תענית שיהי׳ חמור משאר תענית ע״ש ולא הבנתי הלא אזלינן היום הולך אחר הלילה ומשעת צאת הכוכבים יתחיל יום אחר, וכי מתענין ביום שקודם יום החופה הלא רק ביום החופה מתענים דאז הוה יום מחילה וגם לטעם הרוקח רק ביום עשית המצוה מתענים ולא ביום הקדום, וכיון שהחופה ב׳ שעות בלילה למה יתענו החתן והכלה בכל יום שלפניו לא הוה יום החופה ורק מצאת הכוכבים ואילך יתענו דהוה יום חופה שלהם ויום הקדום הוה כערב יה״כ דמצוה לאכול בו, וגם לא יאמר הוידוי במנחה הלא ביום זה לא הוה יום החופה כ״א אחר תפלת ערבית בלילה יתפלל קודם החופה ואז יאמר הוידוי ועיין במג״א תקע״ג שכ׳ דבימים שאין אומרים תחנון בחדש ניסן ומר״ח סיון עד שבועות ובימים שבין יה״כ לסוכות יתענו חתן וכלה ורק בר״ח וחנוכה ואסרו חג וט״ו באב וט״ו בשבט לא יתענו ע״ש ולי נראה דבימים שבין יה״כ לסוכות ליכא משום מחילה וסליחה שכבר נמחלו עונותיהם ביה״כ ומטעם הרוקח יכולים להקדים החופה ומטעם שכרות די שלא ישתו משקין המשכרים ובלא״ה מבואר בכנסת שבעה סי׳ י״ב אות ע״ו דבכל ימים שאין אומרים

תחנון

תחנון א"ל להתענות כדי הכ"ש לסמוך עליו בימים שבין יה"כ לסוכות גם יש לעיין במחזיר גרושתו דמותר להחזיר במועד דליכא משום שמחה ואין לחוש לשכרות דרק ביום שמחה יש לחוש מלך גודל השמחה ישתו וישתכרו, גם י"ל כיון דנושא אשתו בחזרה גם מחילה וסליחה ליכא רק כשנושא אשה חדשה לכן יש להקל שלא יתענו:

טו"ב) אי יש מצוה לעשות סעודה אחר החופה או רק רשות:

א' עיין באה"ע סי' ס"ד סעי' ד' אם החתן אינו רוצה לעשות סעודה וקרובי הכלה רוצים כופין אותו שיעשה סעודה לפי כבודו ולפי כבודה ע"ש מזה יש להוכיח לכאורה דאם גם קרובי הכלה מסכימים עם החתן שלא לעשות סעודת נשואין הרשות בידם שלא לעשות סעודה, אך משם ליכא ראי' דיש לאמר דבכל אופן איכא מצוה לעשות סעודת נשואין רק דאין כופין אותו לעשות רק אם קרובי הכלה רוצים בסעודה אז כופין אותו בע"כ לעשותה, והנה להירושלמי במועד קטן ח' ע"ב דיליף מתלא שבוע זאת דכתיב בלבן דאין מערבין שמחה בשמחה ע"ש ה"כ יש ללמוד משם לעשות סעודת נשואין דהתם כתיב ויאסוף לבן כל אנשי המקום ויעש משתה, אך הלא חזינן דגמרא דידן במ"ק שם לא יליף מלבן כ"א משלמה דאין מערבין ה"כ י"ל שאין ללמוד מלבן לעשות סעודת נשואין, אך עיין בתוס' כתובות דף מ"ז ע"א ד"ה בשמרה בשבתות וי"ט שהקשו הא מן התורה אסורי' הנשואין במועד ותירצו דרק נשואין עם סעודה אסורין אבל נשואין לחודא לא ע"ש וקשה איך תנן במ"ק בהחלט דאין נושאין נשים במועד הלא בלא סעודה נושאין אע"כ דאסור לעשות נשואין בלי סעודה ובסעודה אין נושאין במועד, אמנם ע"ש במהרש"א ובשיטה מק בלת שם שכותב תוס' רק מן התורה ליכא איסור בנשואין בלא סעודה אבל מדרבנן גם בלא סעודה אסורי' נשואין במועד כדמוכח ממועד קטן דף י"ח לפ"ז שפיר תנן בהחלט דאין נושאין נשים במועד דאפילו בלא סעודה אסור, אך עדיין יש להוכיח משם דמן התורה בעי סעודה דהא כתבו תוס' שם ובמ"ק ח' ע"ב דהאי דרשה דושמחת בחגך ולא באשתך הוא דרשה גמורה כדמוכח בחגיגה ח' מכ' אשי שם וע"ז כ' תוס' דהאי דרשה לא קאי אנשואין לחודא כ"א עם סעודה ע"ש ואיך אסרה תורה בחגך ולא באשתך הלא אפשר בנשואין בלא סעודה דמותר אע"כ דמה"ת אי אפשר לנשואין בלי סעודה, גם מתוס' במועד קטן ח' ע"ב ד"ה מפני ביטול שכתבו בסוף דבריהם ועוד י"ל דלא חשיבי שמחה בשמחה כי אם סעודת נשואין לבד ע"ש וק' לשמואל שם דאמר טעמא דמתניתן שם דאין נושאין נשים משום דאין מערבין שמחה בשמחה איך תנן בהחלט דאין נושאין הלא רק בסעודה איכא משום אין מערבין שמחה בשמחה ויכול לישא בלי סעודה אע"כ דאי אפשר דיש חיוב לעשות סעודת נשואין ומהאי טעמא אמרו חז"ל בכתובות ג' ע"ב אחר שהכינו סעודת נשואין ומת אביו של חתן שמכניסין המת לחדר ואת החתן והכלה לחופה ובועל בעילת מצוה ועושין ז' ימי משתה ואח"כ ז' ימי אבל ע"ש ברש"י דוקא נקט אביו של חתן הוא הטורח בצרכי סעודה ואם יעבור המועד שוב אין מכין להם ע"ש ומאי הוה הלא יוכל לישא אחרי השבעה בלי סעודה אע"כ דאין לישא בלי סעודה, וגם אחז"ל בכתובות ג' ע"ב שקדו חכמים שיהי' אדם טורח בסעודה ג' ימים מיום ראשון עד יום רביעי בשבת, ומשם נראה דהסעודה תהיה בבשר ויין דתני הרי שהי' טבחו טבוח ויינו מזוג דאין שמחה אלא בבשר ויין ואל הסעודה נאספים רבים ומשמחים את החתן ואת הכלה דאיכא מצוה לשמח חתן וכלה דכל הנהנה מסעודת חתן ואינו משמחו עובר בה' קולות ועתה חדשים מקרוב באו אחר החופה נוסעים החתן והכלה למרחקים ואינם לעשות הסעודה, ויש שעושין סעודה במאכלי חלב עוגות עם קאפע ועושים שלא כדין ושלא כדת, והשתיה כדת אין אונס, אף שאין אונסין ואין כופין אם שניהם החתן והכלה אינם חפצים בסעודה, בכל זאת תהיה המשתה כדת של תורה סעודה בבשר ויין, לשמח החתן והכלה ולברך שהשמחה במעונו וז' ברכות עכ"פ בסעודה ראשונה של נשואין אם אין חוגגין כל ז' ימי משתה כהלכה:

בית אבל

על הלכות יבום וחליצה בשולחן ערוך אבן העזר

סימן קנ"ו

סעיף א' מי שמת אחיו מאביו, אבל באח מן האם ליכא מצות יבום ואסורה לו מן התורה. כמבואר בש"ע אה"ע סי' ע"ו סעיף כ"ב, ויש לתמוה על מה שאמרה נעמי לכלותיה הלהן תשברנה עד אשר יגדלון הלהן תעגנה לבלתי היות לאיש מלשונה נשמע שאם רצו להמתין מותרות להם והלא אם תשא לאיש ותלד בנים יהיו הבנים רק אחים מן האם ולא מן האב וכיון דליכא מצות יבום אסורות להם באיסור דאורייתא מלבד אשת אח שלא במקום מצוה, אך הלא בלא"ה קשה הא אשת אח שלא היה עדיין בעולם כשמת איכא איסור כרת כמבואר בש"ע אה"ע סי' קע"ג סעי' י"ב ובב"ש שם ס"ק י"ד, והלא אם תלד בנים אחר מיתת בניה כיון שלא היו בעולם בשעת מיתה נשותיהן אסורות להם באי' כרת, ואחר התבוננת בדברי רש"י שם מצאתי שהקשה קושי' שני' ותירץ שנכריות היו ולא היו למחלון וכליון קדושין בהן ולא נאסרו, לפ"ז מתורצת גם קושי' ראשונה, אך קשה איך אמר בועז רות המואביה אשת המת קנית להקים שם המת על נחלתו הלא מעולם לא היתה אשת המת, ולפי המבואר בכתובות דף י"א דגר קטן מטבילין אותו על דעת ב"ד ואמר ר' יוסף שם הגדילו יכולין למחות, היה מקום לאמר שנתגיירו בקטנותן קודם שנתקדשו ועתה אחר מיתת בעליהן באו לגדלות ואמרה נעמי שיחזרו מגרותן וימחו, וערפה שמעה לקולה ורות לא רצתה לחזור מגרות הקטנות, אך עדיין לא ניחא הלא קטנה אין לה יד לקבל קדושין כ"א מדעת אביה וגר שנתגייר כקטן שנולד דמי ובעת שנתגיירו יצאו מרשות אביהן ולא תפסו הקדושין ועדיין קשה למה קראה בועז אשת המת:

שם סעיף ב' בן עובד ע"ז פוטר נשי אביו מיבום וחליצה, עיין בסי' קנ"ז סעי' ד' די"א דאם האח מומר איכא זקוקה אם היה מומר בשעת נשואין ע"ש הנה אי אמרינן מצוה צריכה כונה והמיבם צריך לכוון לשם מצוה וכן החולץ ואיך מניחין למומר ליבם הלא כיון שיצא מדת ישראל ונכנס לדת עכו"ם ודאי לא יכוון לשם מצוה ויבא על אשת אחיו שלא במקום מצוה, ואיך יפטור בחליצתו שלא לשם מצוה הזקוקה לו, ואפילו להנך שסוברים כיון שיצא מכלל ישראל פסקה האחוה ואינו זוקק אשת אחיו, אם היה בשעת מיתת אחיו עדיין ישראל ואחר מיתתו המיר דתו הלא בשעת מיתתו נפלה אשת אחיו לפניו ליבום ונזקקה לו ואיך יפטור אותה, ואם נאמר כשהמיר דתו פסקה האחוה והוה כאלו מת היבם, קשה למה לא נימא ג"כ כשהמיר הבן דתו או כשהמירה בתו דתה שלא יפטרו אשת אביהם מיבום וחליצה הלא נפסקה הקורבא והוה כאלו מת בלא בנים, ואף לר' יהודא גאון שהביאו הרשב"א והריטב"א ביבמות דף כ"ב שאם היה המת מומר אשתו אינה זקוקה ליבום דלאו אחיו הוא בכל זאת כתב שם אם האח מומר אם היה מומר כבר בשעה שנשא אחיו אז כשמת אינה זקוקה לו אבל אם אח"כ המיר דתו זקוקה לו מוכח דסובר דלא פסקה האחוה ע"י שהמיר רק כשהיה מומר בשעה שנשא אחיו אמרינן אנן סהדי דלא נתקדשה לו שתהי' זקוקה למומר והוה כקדושין על תנאי, ובאמת נראים דברי ר"י גאון נסותרים זא"ז דכיון דסובר אם היה המת מומר בשעה שמת אין אשתו זקוקה לאחיו דליכא כאן אחוה, למה הולך כשאחיו מומר שיהיה מומר בשעה שנשא אחיו ואם המיר אח"כ צריכין חליצה הלא מיד כשהמיר פסקה האחוה ואין כאן אח, ונראה דיש לאמר לפי מה דאמר ר"ל ביומא מי ששב מאהבה לה' זדונותיו נעשות זכיות הוה כאלו לא חטא מעולם וכיון דאין לך דבר שעומד בפני התשובה יש לחוש שמא ישוב מאהבה לה' ויהי' כאלו לא המיר מעולם לכן סובר ר"י גאון דרק אם היה מומר כשנשא אחיו אז

אכן

אכן שהדי שעל דעת כן לא נתקדשה שתהי' זקוקה למומר ואם ימות בלא בנים יהיו כל בעילותיו בעילות זנות ולא יחולו הקדושין למפרע, משא"כ אם המיר אח"כ חיישי' שמא יעשה תשובה מאהבה ויהיה כאלו לא המיר מעולם ויש כאן אחוה ולפ"ז אין כאן ודאי אחוה כ"א ספק שמא ישוב ויחלוץ ולא ייבם ואם נמלאו עוד אחים מבלעדו אין חליצתו פוטרת משאר אחים, ועפ"ז בבן שהמיר עדיין קשה נהי דיש ספק שמא ישוב מאהבה הלא מידי ספק לא נפקא ולמה יפטרו בודאי מחליצה לר"י גאון שמא לא ישוב ותצטרך חליצה מספק:

שם באותו סעיף ויש אומרים דה"מ בשפחה אחרת, זהו דעת ר' נטרונאי שהביאו הראשונים מטעם חזקה אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות ובודאי שחררה ע"ש ויש לעיין הלא בגיטין דף ל"ח מבואר דהמשחרר עבדו עובר בעשה ועדיין עבד איסור כשמשחרר אותה ולא שייך סברת הראב"ד בפרק יו"ד מה' גרושין שהשיג על הרמב"ם דכיון לא שבק התירא ועבד איסורא דהא אף אם משחרר עבד איסורא, והנה לסברת הרמב"ן והר"ן בגיטין ל"ח דרק במשחרר לטובת העבד עובר משום לא תחנם אבל אם עושה לטובת עצמו או לתועלת אחרים אינו עובר כלל, אך הלא דבריהם תמוהים מברכות דף מ"ז דמקשינן שם על ר"א ששחרר עבדו לצרפו לעשרה הא הוה מצוה הבאה בעבירה והלא התם עשה לטובתו ולטובת אחרים להתפלל בעשרה אלמא דאף בכה"ג עוברין בעשה, ואפשר לתרץ לפי מה שכ' הר"ן ביומא בפ' יה"כ דשוחטין בשבת לחולה שיש בו סכנה ואין מאכילין אותו נבלות דבשחיטה עושין רק איסור אחד משא"כ כשמאכילין לו נבלה בכל זית וזית עובר בלאו ע"ש ה"נ יש לאמר כשבועל בעילה אחת ליכא חזקה שמשחרר אבל כשבועל בעילות רבות דעובר בכל בעילה יש לן לאמר ששחרר שפחתו שלא יעבור רק פעם אחד, והראב"ד שכ' הטעם דלא שבק התירא ואכל איסורא ע"כ סובר כש' הרמב"ן והר"ן כשמשחרר לטובת עצמו ליכא איסור, ולפי טעמו כלמו דברי תשו' בית יוסף באה"ע סי' ד' שכ' דאף החולקים על הרמב"ם וסוברים דודאי שחרר את שפחתו דוקא במי שמוחזק בכשרות אמרינן כן אבל כגון בנידן דידיה דהבועל היה מן האנוסים שהמירו דתם לא אמרינן כן ע"ש הלא בחולין ג' ע"ב מבואר בתוס' ד"ה בודק דאף במומר לאכול נבלות לתאבון אמרינן לא שבק התירא ואכל איסורא ע"ש והאנוסים שמשמרים דת משה וישראל בצנעא אינם גרועים ממומרים לתאבון, ולמה לא נימא גם אנלם דלא שבקי התירא ויאכלו איסורא:

גם יש לעיין על רב נטרונאי הלא יש לן נגד חזקה דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות חזקה מתנגדת השפחה היתה בחזקת שפחה ונוקמא אותה בחזקתה שעדיין שפחה היא ולא נשתחררה, ואם תאמר שחזקה שא"א עושה בעילתו בעילת זנות הוה חזקה מטעם רוב דרוב ב"א אין בועלין בעילת זנות ורובא עדיף מחזקה דגופא, הלא קי"ל כרבינא בבכורות כ' דרובא דתלי' במעשה לאו רובא הוא, וכאן הוה רובא דתלי' במעשה דכיון רובא שבאים על שפחתם לא יבעלו בעילת זנות כ"א משחררים אותה תחלה ורובא כהאי לא עדיף מחזקה:

ודע דאם האדון הוא ממזר ובא על שפחתו גם רב נטרונאי מודה דלא אמרינן ששחרר אותה, דעיין בקדושין דף ס"ט דאמר שם ר' טרפון יכולים ממזרים לטהר בממזר שנושא שפחה דהולד עבד ואינו מיוחס אחריו ומשחררו ע"ש ובכה"ג אם משחרר קודם שבועל הולד כמוהו והוה ג"כ ממזר רק אם היא שפחה אז יוכל לטהר את בנו ובכה"ג אינו פוטר נשי אביו מיבום ואינו זוקק נשי אחיו לחליצה:

שם סעיף ג' אפילו היה הזרע גוסס, נשאלתי באחד שהיה לו בת אחת ולא יותר ונפלו שניהם למשכב האב והבת ונעשו גוססין ונתקבצו אנשים ועמדו אצל האב בשעת גסיסה על שאלה נשמתו והמתינו שם עוד אחר מיתתו עד אחר שהשכיבו אותו על הארץ ובעת ההיא לא השגיחו על הבת ורק אח"כ פנו אל הבת ומצאו אותה מת ולא נדע אם מתה עכשיו אחר מיתת אביה או מתה קודם שמת אביה, ואם מתה קודם שמת אביה זקוקה אשת המת ליבום ואם מתה אחרי מיתת אביה אינה זקוקה ומותרת לשוק, והנה בהשקפה ראשונה אמרתי דיש לאוקמי הבת בחזקת חי כל זמן דאפשר ואמרינן השתא אחרי מיתת אביה מתה, אך אחרי העיון אמרתי הלא הבת היתה גוססת בחיי אביה ואף דאמרי' גוסס הוא כחי לכל דבר, מ"מ כיון דרוב גוססין למיתה ורובא וחזקה רובא עדיף מאז שנעשה גוסס אתרע חזקת חי ועדיין יש לספק שמא מתה בחיי אביה, גם לפמ"ש הט"ז בי"ד סי' של"ט במי שנמלא מת לא אזלינן בתר חזקת חי דמעיקרא כ"א בתר חזקה דהשתא ואמרינן שכבר מת כיון דחזקת חי עומדת להשתנות ע"ש וכיון דהבת נמלאת מת יש לן לאמר שכבר מתה בעוד שאביה היה חי אך כבר השיג שם הנקודת כסף והנב"י בתשובותיו והוכיחו דבכל אופן אזלינן בתר חזקת חי דמעיקרא ע"ש אמנם לפי מה שכתבתי דכאן ע"י הגסיסה אתרע חזקת חי יש לאמר בכה"ג גם החולקים על הט"ז מודים לו בנידן דידן ונראה דבכל זאת יש לפטור האשה מיבום וחליצה, דבנידן דידן היתה האשה ע"י הבת בחזקת היתר לשוק כמבואר ביבמות קי"ט דהוי חזקה מעליותא, וידוע דהריב"ש בתשובותיו כ' דב' חזקות עדיפא מרוב, ובנידן דידן יש לן ב' חזקות חזקת היתר

היתר לשוק של אשת המת וחזקת חי של השת ואלו ב' חזקות עדיפא מרוב גושסין למיתה:

שם סעיף ד' מי שמת והניח אשתו מעוברת, המחבר פסק כהרמב"ם דבנולד חי ומת אפילו מיד א"צ מן התורה חליצה ויבום כ"א מדרבנן, ועיין ברי"ף בשבת דף קל"ו שכ' הא לא שהה ספקא הוה לגבי אשת אח דמחייבי כריתות הן אחמירו בה רבנן ולא כינס אשת אח מספיקא דכל ספקא דאוריתא לחומרא ע"ש מלשונו נראה דמן התורה הוה ספק נפל תוך שלשים ולא שמכינן ארוב ולדות בני קיימא שיהי' נחשב לודאי ב"ק מה"ת, והא דכתב דאחמירו בה רבנן יש לאמר דסובר כרמב"ם דספק דאוריתא רק מדרבנן לחומרא, או י"ל דבכל מקום סובר מה"ת לחומרא רק כאן דאיכא מצות עשה ליבם אשת אח חומרא זו קולא היא בקיום מ"ע דאורי' בכה"ג ספקא מה"ת לקולא שיקיים העשה, ועוד יש לאמר דכונת הרי"ף כיון דרשב"ג קאי גם אודאי בן ח' ואפילו לא כגמרו סימניו כמבואר ביבמות דף פ' ובכה"ג ליתא לרוב ולדות הם ב"ק כ"א בהיפך רוב לאו ב"ק הם ובכל זאת החמירו חז"ל שלא ליבם אשתו אף בכה"ג ורק אם שהו ל' יום נתברר שהם מהמיעוט שחיים, אבל בשתם ולדות עדיין יש לאמר שגם הרי"ף סובר כהרמב"ם דמה"ת שמכינן ארוב ולדות ב"ק וא"צ חליצה, ויש לאמר דאביי שם בס"ד דסובר דרשב"ג רק בפיהק מחמיר לחלוץ סובר דרשב"ג סומך ארוב ולדות בנפל מן הגג, ורק בפיהק ומת חושש למיעוט, ובמסקנא שם סובר אביי להיפך דרשב"ג לית ליה רוב ולדות ב"ק וחושש מן התורה לנפלים אף בנפל מן הגג ובפיהק אף רבנן מודים לו ורק בנפל מן הגג סוברי' להקל לסמוך על הרוב ושמואל שם דפוסק כרשב"ג סובר כאביי דלרשב"ג הוה ספק דאוריתא לכן פוסק לחומרא, ולהלכתא דפוסק הרי"ף דלא כאביי דסובר דרבא שם חולק על אביי וסובר דגם לרשב"ג ליכא חשש מה"ת כ"א מדרבנן ולכן בנתקדשה לכהן אינה לריכה חליצה, וזהו סברת רבינא משמיה דרבא, אבל ר' שרבי' משמיה דרבא סובר כסברת רבני יונה ורז"ה דהלכה כאביי דהוה חשש דאוריתא וכשמואל לכן אפילו בנתקדשה לכהן לריכה חליצה, ויש לתלות פלוגתא דרשב"ג ורבנן בפלוגתא דתנאי בב"ב דף ל"ב דפליגי שם אי הולכין בממון אחר הרוב, רשב"ג י"ל סובר הולכין בממון אחר הרוב ומוכח מקרא דבן חודש תפדה דבתוך ל' ליכא רוב ולדות ב"ק דאי הוה רוב הי' פודין בתוך ל' דעל רוב מוליאין ממון והוה ספק מן התורה ורבנן סוברין אין הולכין בממון אחר הרוב וסוברין דבתוך ל' הוה רוב ולדות ב"ק ורק לענין פדיון להוליא ה' סלעים מהאב אין מוליאין ורק אחר ל' דאף מיעוט ליכא פודין ולענין איסור סומכין תוך ל' ארוב ואביי סובר כרב בב"ב שם דהולכין בממון אחר הרוב לכן סובר לרשב"ג הוה ספק דאוריתא, אך לפ"ז קשה על שמואל דסובר שם אין הולכין בממון אחר הרוב וליכא הוכחה מקרא דליכא רוב ואמאי פוסק כרשב"ג היה לו לפסוק כרבנן, ולפמ"ש תוס' בסנהדרין דף ג' ע"ב ד"ה דיני ממונות דשמואל רק ברובא לרדי' דהוה רוב גרוע סובר דאין הולכין אחר הרוב בממון אבל ברוב מעלי' הולכין, ולפמ"ש תוס' דרוב ולדות ב"ק לא הוה רוב מעלי' דמיעוט נפלים הוה מיעוט המלוי יש לאמר מש"ה אמרה התורה שלא לפדות בתוך ל', אבל באיסור סומכין גם על רוב שיש לו מיעוט מלוי מה"ת אבל מדרבנן חוששי' למיעוט מלוי והוכחות רשב"ג מקרא דפדויי מבן חדש דלא הוה רוב מעלי' לכן לאוי לחוש מדרבנן עכ"פ, והנה בגמ' בשבת קל"ו מקשינן ממהל היכא מהלינן בשבת ולא מקשינן למה מלין בחול ב"ח ולא חיישינן לנפל, ולמ"ד חתיכה אחת שכינו דספקא דאורי' לחומרא ניחא אבל למ"ד ב' חתיכות דש' מה"ת לקולא ק' אמאי לותה התורה למול בח' וע"כ מוכח מקרא דלא הוה ספק השקול כ"א דרוב ולדות ב"ק וי"ל דרשב"ג ורבנן פליגי בפלוגתא ר"א ורבנן, ור"מ ורבנן בכריתות י"ח אי בעי באשם תלוי ב' חתיכות או רק אהת רשב"ג סובר כר"א ור"מ דדי בחתיכה אחת וש' מה"ת לחומרא לכן לותה התורה למול בח' דלמא ב"ק הוא, ורבנן סוברי' כהנך רבנן שם דבעי ב' חתיכות וש' מה"ת לקולא ומוכח מדלותה התורה למול בח' דהוה רוב ולדות ב"ק, ולכן מקשינן על רשב"ג רק איך מלין בשבת הלא יש ספק חלול שבת והא דמקשינן על דידן ולא מקשינן על קרא דביום השמיני אפילו בשבת י"ל קרא איירי בידעי' שכלו לו חדשיו אבל אנן מהלינן כל ולד בשבת, ומתרלינן מ"מ מהלינן אי נפל הוא אינו אלא מחתך בבשר בעלמא, ולדידי ק' ממתניתן דשבת קל"ז בתינוק שנולד בין השמשות בע"ש נמלין ביוד ביום א' ע"ש למה אין מלין בשבת הלא יש לן ס"ס לקולא חדא שמא היה לילה כשנולד ונולד בשבת ויום ח' שלו בשבת ואת"ל שהי' עדיין יום ו' שמא הולד נפל ואין כאן שום חלול שבת רק מחתך בבשר בעלמא, וע"כ מוכח משם דחשש נפל אינו אלא מיעוט ומיעוט אין להלטרף לס"ס, וכל זה אי פסקינן להא דר' אדא בא' דמהלינן ממ"נ, אבל להרי"ף דלא מביא הא דר' אדא יש לאמר לרשב"ג דהוה ספק גמור מה"ת, ועיין בריטב"א שם שהקשה לרשב"ג הלא מבואר בפ"ק דראש השנה דאפילו בידעינן שכלו לו חדשיו אסור להקריבו תוך ח' וע"כ לאו משום ספק נפל הוה ותירץ דרשב"ג לא יליף מקרא דתוך ל' ותוך ח' הוה ספק נפל כ"א מסברא דנפשיה אמר כן, וכל הוכחתו איכא רק דבשהה ל' וח' הוה ודאי ב"ק דאל"ה לא לותה התורה לפדות אחר ל' ולא להקריב אחר ח' ע"ש לפ"ז י"ל דרשב"ג סובר דתוך ל' הוה רוב ב"ק ורק מיעוט נפלים הם

וכל

וכל הוכחתו רק כששהה שלשים יום אף מיעוט נפלים ליכא והוה ודאי ב"ק דאל"ה איך צותה התורה לפדות אחר ל' הלא אין הולכין בממון אחר רוב, וכ"ת דמהכי שלשים יום אף בלא נגמרו שעריו וצפרניו דיש לן בירור גמור דהוה ב"ק משא"כ אי הוה עדיין מיעוט נפלים היה לן לחוש בכה"ג למיעוט כיון דאיכא רעותא לפנינו יש הוכחה דהוה ממיעוט ודלא כתוס' והרא"ש ביבמות דף פ' והטור בסי' זה דסוברים דבעי לרשב"ג תרתי נגמרו סימניו ול' יום כ"א די בשהה ל' יום, דלדידהו בלא"ה קשה איך אמרה תורה ופדויי מבן חדש תפדה בכל ולד אף בלא נגמרו סימניו אע"כ דדי בל' יום לחודא, ועוד יש להקשות מאי מקשינן לרשב"ג ממהל היכא מהלינן הלא רשב"ג לא קאמר דכל שלא שהה ספקא הוה אלא אמר כל ששהה ל' אינו נפל כונתו אף בלא נגמרו סימניו הוה בן ל' ודאי ב"ק ועדיין י"ל דמודה רשב"ג בנגמרו סימניו דאף בתוך ל' איכא רוב ולדות ב"ק, וכי תימא במאי פליג על רבי ביבמות דף פ' לרבי לא מהני ל' יום בלא נגמרו סימניו די"ל דסובר הולכין בממון אחר הרוב וליכא הוכחה מקרא דפדויי מבן חודש דאחר ל' אף מיעוט ליכא לכן לא מהני ל' יום בלא נגמרו סימניו, ורשב"ג סובר דמהני ל' יום אף בלא נגמרו דמקרא מוכח דאף מיעוט ליכא אחר ל', ושפיר מוהלין סתם ולדות שנגמרו סימניהם בשבת, ובלא נגמרו באמת אין מוהלין, ואפשר לאמר דהמקשן סובר כרב דהולכין בממון אחר רוב ולא מוכח מקרא דליכא מיעוט אחר ל' ולא מהני ל' יום בלא נגמרו סימניו כ"א בנגמרו ובלא ל' אף נגמרו סימניו לא מהני ושפיר מקשה ומתרץ ר"א דמוהלין ממ"נ, לפ"ז מיושב מה דקשה על הרי"ף דלא הביא הא דר"א וכסבר קושי' הגמרא במקומה ממהל היכא מהלינן? די"ל לדידא דקי"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב בלא"ה לא קשה קושי' הגמ' דמוכח מקרא דל' מהני אף בלא נגמרו סימניו ובנגמרו יש לאמר דאין צריכין ל' ולא ק' קושי' הגמ' דרק בנגמרו מהלינן בשבת:

לפ"ז יש ליישב מה דק' לי על אביי דסובר דרבנן לאו בכל אופן פליגי כ"א בנפל מן הגג או אכלו ארי פליגי למה לא אמר בלא נגמרו סימנים מודים חכמים לרשב"ג דחיישינן לנפל ורק בנגמרו פליגי דלא חיישינן דמסתבר יותר לאמר כן מלאמר דפליגי בדבר דלא שכיח בפרט לר' יונה דסובר דבחלה ומת מודים חכמים לרשב"ג, ולפמ"ש ניחא דאביי סובר אין הולכין בממון אחר הרוב ולרשב"ג מהני ל' יום אף בלא נגמרו ובנגמרו אין צריכין ל' לכן לא היה יכול לאמר דבלא נגמרו מודים חכמים לרשב"ג ורק בנגמרו פליגי דבנגמרו גם לרשב"ג לא חיישי בתוך ל' ואמר בלא נגמרו ופיהק ומת דהוה תרתי לרעותא מודים חכמים לרשב"ג:

ועיין בלבוש כאן שכ' בודאי בן ח' אפי' נגמרו שעריו וצפרניו ושהה ל' יום ודאי נפל הוא ומתיבמת ע"ש ודבריו תמוהים דהא לרבי ולרשב"ג בכה"ג ודאי ב"ק הוא כמבואר ביבמות דף פ' ואף חליצה אינה צריכה, ואף לרבנן דפליגי שם ארבי ורשב"ג ור' אבוה אמר עד כ' לא קאמר רק דאין עושין מעשה עד כ' דאינו ודאי ב"ק אבל מודה דלאו ודאי נפל הוא דתתיבם, ואף דרש"י ותוס' פירשו דר"א לענין חשש נפל קאמר ע"ש ברמב"ן רשב"א וריטב"א שתמהו כולם על רש"י דאיך אפשר דבנה יכנס לחופה ואמו תחלוץ ודחו פירוש רש"י והסכימו לפי' ר"ח ורא"ד שר"א אסימני גדלות קאי בודאי בן ח' לא נעשה גדול עד כ' אבל בן קיימא הוה ע"ש ואיך מחליט הלבוש דתתיבם ומתיר אשת אח שלא במקום מצוה גם מה שכ' שם בסתם ולד ונגמרו סימניו ושהה ל' יום סמכינן ארובא רוב ולדות ב"ק הם ע"ש ל"ע דרק בתוך ל' איכא מיעוט אבל בשהה ל' יום אף מיעוט ליכא ולכ"ע אף למאן דחייש למיעוט צריכין להתאבל עליו, גם מה שכ' שם דבידעינן שכלו חדשיו בעי נגמרו סימניו ע"ש ל"ע דהרמב"ן ביבמות, והביאו הריב"ש בסי' תמ"ו והרב המגיד הביאו הב"ש כאן סק"ד ובים ש"ש ביבמות פ' הערל סי' כ"ט כ' שאפילו לא שהה ל' יום ולא נגמרו סימניו הוה ודאי ב"ק כיון דידעינן שכלו לו חדשיו והים ש"ש מוסיף ואפילו בפיהק ומת פוטר מן החליצה:

ועיין בתשו' תשב"ץ ח"ג סי' רמ"ב שכ' דודאי בן ז' דומה לגמרי למי שנודע שכלו לו חדשיו ואם מת ביום שנולד הוה ב"ק ע"ש ולדעתי יש לחלק דבנודע שכלו לו ט' חדשים א"א לספק שהוא נפל ואף בלא גמרו סימניו ולא שהה הוה ב"ק, אבל בן ז' כהי דמיעוט ולדות נגמרו בז' כמבואר ביבמות דף ל"ז, אבל אפשר שהוא מן הרוב שלא נגמרו בז' כ"א בט' רק שע"י איזה סבה נעקר ממקורו והפילה אמו והוא נפל בפרט אם מת מיד ולא נגמרו סימניו למה לא נחוש שהוא מן הנפילים ותצטרך חליצה, גם מה שכ' שם בודאי בן ח' ולא נגמרו סימניו ומת מיד אחר שנולד אינו ודאי נפל כ"א ספק דשמא בן ז' הוא ואשתהה דהא אפשר להיות בן קיימא אם שהה ל' יום לרשב"ג ע"ש ל"ע דעיין ברמב"ם פ' כ"ה מה' שבת ה"ו שכ' בן ח' חי הוא כאבן ואסור לטלטלו ובפרק א' מה' מילה ה' י"ג כ' בן ח' שלא נגמרו סימניו הוא כאבן ואסור לטלטלו ואין מלין אותו בשבת ע"ש דרק אי איכא הוכחה ע"י שנגמרו סימניו או ששהה ל' יום חיישינן ששהה אבל בלא נגמרו סימניו ומת תוך ל' לא חיישינן לשהה והוה ודאי נפל, גם ע"ש בתשב"ץ שכ' בודאי בן ט' אפילו נולד מת פוטר מחליצה כדמוכח מנזיר י"ג ע"ש והוא תמוה דהתם רק ספק נזיר הוה ולא ודאי ע"ש ודי אם נאמר דהוה ספק ואוסר ביבום אבל אינו פוטר מחליצה, ועיין בתשו' אמ"ו בח"ם אה"ע חלק ב' תשו'

ס"ע שמחדש שם דנגמרו סימנים צריכים שיהיו נגמרים מיד בשעת לידתו אבל אם נגמרו אח"כ לא מהני ע"ש ומתשו' תשב"ץ חלק ג' סי' רכ"ז לא משמע כן שכ' שם בסוף התשובה יש נולדים חסירי הבריאה ואינם נפלים אם יש להם סימנים שהזכירו חז"ל ע"ש:

שם סעיף ו' האומר זה בני, עיין בב"ש ס"ק י' שמביא בשם נמ"י במוחזק שאין לו בנים ואמר יש לי בנים אינו נאמן, אך ה"ה כ' בשם הרשב"א אף במוחזק דאין לו בנים נאמן כי בנים בדידיה תלי' ע"ש הנה ה"ה כ' סברא זו מעצמו, ובשם הרשב"א מביא שם לחלק בין ע"א לבעל דבעל שמכה עליו לגמרי ולא דייקא, אבל בע"א דייקא ומנסבא לפ"ז דוקא ע"א נאמן שיש לבעל בן אף שמוחזק שאין לו בנים, אבל הבעל אינו נאמן בכה"ג, ולמה הביא הב"ש ממרחק לחמו הלא הרשב"א בב"ב דף קל"ה ע"א ד"ה הא אמר ר' חייא כ' בפירוש במוחזק לן בגויה דאין לו בנים אלו היה טוען יש לי בנים היה נאמן משום מגו רק דאכן אין מפרשים דבריו כן ע"ש ומהנמ"י שם שהקשה אמאי לא מפרשים דבריו שיש לו בנים בתירץ ראשון תירץ כהרשב"ם ובתירץ שני תירץ דמיירי שאמר בהדי' שאין לו בנים ויש לו אחין וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ע"ש מבואר דבלא"ה היה נאמן, דאי במוחזק שאין לו בנים אינו נאמן למה הולך לדחוק שאמר שאין לו בנים הלא די במוחזק שאין לו בנים, ולפי מה שכתבו הרמב"ן והר"ן בקדושין דף ס"ד דבמוחזק שאין לו בנים ואמר יש לי בנים או דמוחזק שיש לו אחין ואמר אין לי אינו סותר החזקה דשמא נולדו לו בנים אח"כ, או מתו אחיו שהיה לו ודאי נאמן, אך לדידי קשה מב"ב דף קל"ד ע"ב דמקשינן שם והא תניא בקדושין ומתרצינן התם בדלא מוחזק באחין והכא במוחזק באחין ע"ש ועיין ברשב"ם שם שהקשה מסיפא דמתניתן אמאי אינו נאמן זה אחי במוחזק באחין ונדחק דסיפא בדלא מוחזק ע"ש ולמה לא מתרצינן התם בקדושין בדלא מוחזק שאין לו בנים ואשמעינן הכא אף במוחזק שאין לו בנים ואמר זה בני נאמן משום מגו דבידו לגרשה וא"צ לדחוקי בסיפא, והנה מבלעדי שמחלק הרב המגיד בין מוחזק באחין ואמר אין לי אחין דאינו נאמן ובין מוחזק שאין לו בנים ואמר יש לי בנים דבדידיה תלי' דנאמן שניהם שוים דאי המגו דבידו מהני נגד חזקה נאמן ואי לא אינו נאמן, והנה הרשב"ם ב"ב דף קל"ה ד"ה ועוד אמר כתב דבמוחזק שיש לו אחין ואמר שאין לו אחין נאמן במגו דבידו לגרש לכן סובר שגם במוחזק שאין לו בנים ואמר שיש לו בנים דנאמן במגו ע"ש אך להרמב"ם דכ' בפרק ג' מה' יבום ה"ג דבמוחזק באחין ואמר אין לי אחין אינו נאמן ה"ה במוחזק שאין לו בנים ואמר שיש לו בנים אינו נאמן במגו והא דכ' שם ה"ה דע"א נאמן צריכין לחלק כמו שכ' הרשב"א שהביא ה"ה דבע"א דייקא ומנסבא משא"כ בבעל, ועיין בה"ה שכ' אף דאביי אמר בקדושין דבמוחזק באחין ואמר אין לי אחים נאמן לרבי ור' נתן פליג דאינו נאמן ומתבאר בב"ב דאין הלכה כרבי בזה ע"ש דבריו ל"ע הלא לאביי גם לר"נ נאמן כשאינו חוזר מדבורו בשעת מיתה ואמר יש לי אחים והרמב"ם לא איירי שחזר, כי אם היה לו לאמר שאין הלכה כתירוצו של אביי כדמוכח מב"ב כמו שכ' הלח"מ ושאר האחרונים ונראה לתרץ דברי ה"ה דסובר לתירץ אביי פליגי רבי ור"נ במוחזק דיש לו אחים ואינו מוחזק בבנים דלא ידעינן אם יש לו בנים לרבי מגו דבידו לגרש הוה כעדים ועוקר החזקה לגמרי ונאמן שאין לו אחין ואם חוזר לא מהני, אבל לר"נ המגו אינו עוקר החזקה רק מרעא לחזקה והוה ספק אם יש לו אחין וכיון דלא ידעינן אם יש לו בנים הוה ספק ספקא להתיר חדא שמא אין לו אחים ואת"ל יש לו שמא יש לו בנים ואם אינו חוזר מותרת לשוק אבל כשחוזר ואומר יש לי אחים ומחזק החזקה הראשונה דיש לו אחים ואסורה לשוק, לפ"ז במוחזק באחים ומוחזק שאין לו בנים לרבי נאמן לאמר דאין לו אחים לעקור החזקה לגמרי דמגו דבידו הוה כעדים, משא"כ לר' נתן דכיון דידעינן בבירור שאין לו בנים נהי דמרעא לחזקה דיש לו אחים עדיין לא נעקרה ועדיין ספק הוה שמא יש לו אחים ואסורה לשוק והיינו שכתב הרב המגיד דאין הלכה כרבי כ"א כר' נתן ובידעינן בודאי שאין לו בנים ומוחזק באחים אינו נאמן להתיר:

והנה לפי מה שהביא הב"ש בס"ק הנ"ל בשם תוס' בקדושין ס"ד דאם אומר בשעת מיתה אין לי אחים אינו נאמן משום דאז ליכא מגו דבידו לגרש דשמא אין בו כח לגרש ע"ש י"ל דגם הרמב"ם סובר במוחזק באחין ואמר אין לי אחי' נאמן כל זמן שיש לו מגו ולכן כ' דבאומר בשעת מיתה אין לי אחים ומוחזק באחים דאינו נאמן דאז לית ליה מגו, ועיין ברשב"ם ב"ב קל"ד ע"ב ד"ה בשעת מיתתו שכ' אורחא דמלתא נקט ע"כ לית ליה כתוס' דאל"ה הלא הרבה תלוי בזה ובדיוק נקט בשעת מיתתו דלית ליה מגו ורק בלא אתחזק באחין נאמן שאין לו אחין, וע"ש בקדושין דף ס"ד בתוס' ר"ע איגר אות מ' שהקשה על תירץ תוס' הנ"ל מב"ב קל"ה ההיא דשכב ואמר שאשתו שרי' לכהנא ואמרינן שם דנאמן גרשתי את אשתי משום דבידו לגרשה והניח בל"ע ונראה דהא בלא"ה דברי תוס' צריכין פירוש הלא א"צ ליתן הגט בעצמו ודי באומר כתבו ותנו גט לאשתי וכמו שאומר אין לי אחים יכול לאמר כתבו ותנו וע"כ כונתם שמא ימות מהר ועדיין לא יהי' הגט נגמר לתתו לה ואין גט לאחר מיתה, אך הרבה פעמים מרגיש החולה שעדיין אין מיתתו קרובה לבא ויש עוד זמן לכתוב גט וליתן לה, ותוס' שפיר תירצו דמש"ה מוקי אביי המשנה

בדלא

בדלא אחזיק באחין משום דמתניתן סתמא תנן מי שאמר בשעת מיתתו דמשמע שהוא שעת מיתה ממש שמיתתו קרובה לבא ולא יהיה עוד זמן לכתוב גט וליתן לה ואז ליכא מגו, אך בההוא דשכב במעשה שהיה עדיין היה זמן לכתוב גט וליתן ושפיר נאמן במגו דבידו לגרש, אך מירושלמי בקדושין פרק ג' ה"ח מוכח כנגד תוס', דשם אמר רב מי שאמר בשעת מיתתו נאמן משום דבידו לגרש עש"ה ועיין ברמב"ן בב"ב דף קל"ד שהק' שם אמאי צריכין בבעל מגו הלא ביבמות ל"ד אמרינן דעד אחד נאמן להתיר יבמה לשוק אף דאין בידו לגרשה ותירץ דעד שנשאר בחיים נאמן משום דמלתא דעבידא לגלוי לא משקר, אבל הבעל שאומר קודם מותו לא אכפת ליה אם אחר מיתתו יתוודע שקרותו לכן צריכין למגו ע"ש ומוכח דלית ליה כתוס' וסובר דאף בשעת מיתה איכא מגו דבידו לגרש, אך מטעם אחר גרוע שעת מיתה דלא שייך בזה מלתא דעבידא לגלוי לא משקרא, ויש להקשות עליו הלא במתניתן ב"ב קל"ד לא נאמר שאמר בשעת מיתה כי אם סתמא שאמר יש לי בנים ואז שייך מלתא דעבידא לגלוי לא משקרא ואיך הקשה ר' יוסף שם על מתניתן אמאי נאמן והוצרך לתרץ משום מגו דבידו לגרש והלא לא יגרע הבעל מעד אחד דעלמא אף דליכא מגו גביה, גם קשה מקדושין דף ס"ד דפליגי שם רבי ור' נתן כשאמר בשעת קדושין יש לי בנים דאמרינן שם ג"כ הטעם משום דבידו לגרש הלא בשעת קדושין א"ל למגו דבלא"ה נאמן כעד אחד משום מלתא דעבידא לגלוי לא משקרא ועד אחד נאמן אף בהוחזק באחין וזקוקה ליבם, ואחר שהאמינו לעד אחד אמר עולא ביבמות קי"ז כל מקום שהאמינה תורה ע"א הרי הוא כשנים ואין דבריו של אחד במקום שנים לפ"ז כשחזר אח"כ ואומר אין לי בנים אינו נאמן, ואודות קושי' הרמב"ן מיבמות דף ל"ד עיין בה"ה פ"ג מיבום הלכה ה' שמביא בשם רשב"א דבע"א דעלמא איכא משום דייקא ומנסבא לכן נאמן משא"כ בבעל לא דייקא דסומכת עליו לגמרי לכן צריכין בבעל למגו, ועיין במהרש"א בקדושין ס"ד שהקשה על תוס' דבשעת מיתה יהי' הבעל נאמן בלא מגו דהא דבעי מגו בשעת קדושין משום דיש לחוש שאומר כן כדי שתתרצה להתקדש לו ולא תחוש לעיגון ע"י היבם, אבל בשעת מיתה הלא יש לן חזקה דאין אדם חוטא ולא לו ונאמן בלא מגו ע"ש הנה לרי"ף ורמב"ם שפסקו ביבמות ל"ד דעד א' נאמן להתיר יבמה לשוק אף דלית ליה מגו יש לאמר כהמרש"א דהבעל בשעת מיתה נחשב כשאר עד אחד, אבל על תוס' לא קשה די"ל שהם סוברים כהרא"ש ביבמות ל"ד שחולק על הרי"ף ופוסק דע"א אינו נאמן להתיר יבמה לשוק ולמה יהי' הבעל נאמן אם אין לו מגו דבידו לגרש יותר מעד אחד ושפיר כתבו דאינו נאמן, ואפילו לרי"ף ורמב"ם לפי מה שמחלק הרשב"א הבאתיו בסמוך אין הבעל נאמן בלא מגו, ועיין ברשב"א בקדושין ס"ד שכ' לרבי דסובר דמגו הוה כעדים בין במוחזק באחין או במוחזק שאין לו בנים ואומר בשעת קדושין או בשעת מיתה כנגד החזקה נאמן אבל לר' נתן דסובר דמגו לא הוה כעדים באומר בשעת קדושין נאמן דאז עדיין איכה בחזקת זקוקה, אבל בשעת מיתה שהיא בחזקת זקוקה אינו נאמן כנגד החזקה מבואר ברשב"א דבשעת מיתה איכא מגו ובכל זאת לר' נתן אינו נאמן דאזל לשיטתו דהבעל גרוע מעד אחד ואינו נאמן כנגד חזקה דזקוקה ליבום:

ועיין בלבוש כאן סעי' ז' דמחלק אם אמר בשעת קדושין יש לי בנים ובשעת מיתה אמר אין לי בנים צריכה חליצה דיש לאמר שאמר כן כדי שתתרצה לו, אבל אם לא אמר בשעת קדושין כי אם אחר כן וחזר בשעת מיתה לכולי עלמא אינו נאמן אח"כ וא"צ חליצה ע"ש ועיין במשנה למלך פ"ג מיבום שמסופק אי מותרת לכהן כיון דנאמנות הבעל מצד מגו דבידו לגרשה ואז היתה אסורה לכהן ומביא פלוגתא בזה הש"ג בב"ב קל"ד בשם ריא"ז ומז"ה סוברים דאסורה לכהן, והרמב"ן מחליט דמותרת לכהן ע"ש ונראה דיש לחלק באומר בשעת קדושין יש לי בנים או אין לי אחים דאז בידו לקדשה ע"י תנאי שאם ימות בלא בנים לא תהי' מקודשת לו ואין צריכים משום שבידו לגרשה אז מותרת לכהן דלא קי"ל כר"א דסובר בפנוי הבא על הפנויה דעשאה זונה ומותרת לכהן, אבל באומר אחר שנתקדשה דאז רק משום שבידו לגרשה נאמן י"ל דאסורה לכהן, ויש להביא ראי' לשיטת רמב"ן דיש להקשות בב"ב קל"ד מקשינן ליורשו פשיטא ופי' הרשב"ם הלא יש לו מגו דבידו ליתן לו במתנה ע"ש לפ"ז קשה מאי מתרלינן שם לפטור את אשתו מן היבום ע"ש הלא גם בזה יש בידו לגרשה ולפטרה ועדיין קשה פשיטא כמו דמקשינן בליורשו, אך לרמב"ן ניחא דאשמעינן דנאמן לפטרה לגמרי שתוכל לישא אף לכהן אבל לאיך שאסורה באמת לכהן קשה, אך גם לריא"ז יש להביא ראי' מב"ב דף קל"ה דההוא דקא שכיב אמר חזי' לכהנא ואמרינן שם דדעתו שגרש את אשתו והאומר גרשתי את אשתי אינו נאמן דגרושין קלא אית להו ולריכה חליצה וע"ש ברשב"ם שכ' ודאי אם היה טוען יש לי בנים היה נאמן אף במוחזק שאין לו בנים משום מגו רק דאכן לא אמרינן שדעתו כן ע"ש וקשה הלא אם אנו אומרים שדעתו שגרשה אין דבריו מסכימים עם דעתו דאם גרשה הא לא חזי' לכהנא למה לא נימא שדעתו שיש לו בנים שאז דעתו מסכמת לגמרי לדבורו דאז חזי' לכהנא וע"ש בנמ"י שהק' כן ותירולו דחוק מאד שתירץ שמיירי שאמר שאין לו בנים וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ע"ש ועיקר חסר מן הספר שלא נזכר מזה כלום בגמרא אבל

לריא"ז כיחא דהא אף באומר יש לי בנים אסורה לכהן ועדיין לא חזי' לכהן:

שם סעיף הנ"ל וי"א שאם יש עדים שיש לו אחים אינו נאמן כן מוכח מלישנא דהש"ס ב"ב קל"ד דכ' במוחזק בלא עדים דיש לו אחים נאמן מבואר דאם יש עדים אינו נאמן, וכן משמע מלישנא דרש"י בקדושין ס"ד ע"ש והטור מסכים עמהם, ויש לאמר דהטור כאביו הרא"ש דחולק על הרי"ף ביבמות ל"ד דפוסק דעד א' נאמן והרא"ש סובר דאינו נאמן להתיר יבמה לשוק לכן סובר דגם הבעל אינו נאמן להתיר יבמה שזקוקה בודאי ע"י עדים בדבורו שיש לו בנים, משא"כ להרי"ף והרשב"א שם ביבמות ל"ד דע"א נאמן בודאי זקוקה ליבום להעיד שיש בן לבעלה וכן כ' הרמב"ם בפ"ג מיבום ה"ה, גם הבעל נאמן לאמר יש לי בנים אף בדאיכא עדים שיש לו אחים, ועיין בה"ה שם שתמה שם על הראב"ד שמשיג על הרמב"ם דאין עד א' נאמן כמו דבעל אינו נאמן במוחזק לן דיש לו אחין והק' עליו ה"ה מב"ב קל"ד דמבואר דבעל נאמן יש לי בנים במוחזק לן שיש לו אחים וע"ש מה שתירץ, ולי נראה דכוונת הראב"ד דרק במוחזק בחזקה בעלמא דיש לו אחין נאמן הבעל אבל בידעינן בודאי עפ"י ב' עדים דיש לו אחין אין הבעל נאמן וה"ה בע"א בידעינן עפ"י עדים שזקוקה ליבם אינו נאמן לאמר שיש לבעל בן כשיטת הטור שהבאתי ולא קשה קושי' ה"ה עליו:

שם סעיף ט' מי שזינה עם אשה, עיין בב"ש ס"ק ט"ו שזה הוא דעת הרמב"ם ואפילו בלא דיימא, ועיין שם ברמב"ם פ"ג מיבום שהרב המגיד תמה על הרמב"ם שסותר עצמו דבפרק ח' מה' תרומות ה' י"ד פוסק הרמב"ם בדלא דיימא מעלמא אוכלת בתרומה בשביל בנה אם בא עליה כהן בזנות ולא חיישינן שזנתה עם אחר אף דהוה איסור דאוריתא, גם ק' בדלא דיימא מעלמא אמר רבא ביבמות ס"ט אף בלישנא קמא דשדינן בתר הארוס ולא חיישינן שזנתה עם אחרים ובלישנא בתרא שם אף בדדיימא מעלמא לא חיישינן רק בדלא דיימא מיניה ע"ש ועיין בביאורי הגאון רא"ו בא"ה"ע סי' ד' ס"ק ע' וע"א שתירץ על זה דהרמב"ם סובר דרבא לא קאי אלא על רב דאמר ממזר ודאי, בדלא דיימא מעלמא לא אמר רב דהוה ודאי ממזר, אבל לשמואל דאמר שתוקי דהוה ספק ממזר לא קאמר דספק ממזר הוה אפילו בדלא דיימא מעלמא ודיימא מיניה ע"ש ולא הבנתי דבריו הלא רבא מביא שם ראי' לדבריו ממתניתן שם דאוכלת בתרומה בשביל בנה ובל"ק מוקי המשנה בדלא דיימא ובל"ב בדדיימא מעלמא ע"ש ואכתי קשה לשמואל איך יפרש המשנה דהא לדידיה עדיין ספק הוה אע"כ דרבא לכ"ע קאמר, ומצאתי בתשו' אמ"ו בח"ם אה"ע ח"ב סי' ע"ה שתירץ על הרמב"ם דבמתניתן דאוכלת בתרומה, מתוך שנאמנת על עצמה נאמנת גם על בנה ועבדיה לאכול בתרומה, אבל שתפטור אשת אחר ע"י אמירתה מיבום וחליצה פסק הרמב"ם דאינה נאמנת על אחרים ע"ש ולא זכיתי להבין דבריו הלא הרמב"ם שם פ"ג מיבום ה' ה' כ' דאשה נאמנת להעיד להתיר יבמה לשוק וכן פוסק הש"ע בסי' קכ"ו סעי' ח' ולמה לא תהיה נאמנת לפטור אחרת מחליצה, ועל עצמה מבואר כאן סעי' ה' שאינה נאמנת לאמר שהולד שילדה כלו חדשיו וע"ש בחלקת מחוקק סק"ג דה"ה דאינה נאמנת שהיה חי ל' יום ואמ"ו כ' בהיפך שעל עצמה לפטור עצמה מחליצה היא נאמנת ועל אחרת אינה נאמנת, ועיין במרדכי פרק ב' דיבמות שהק' על הרמב"ם איך תנן במתניתן בן ממזר פוטר את אשתו מחליצה הלא חיישינן שזנתה עם אחרים, ונדחק דמתניתן בחבושים בבית האסורים ע"ש ולדידי לא קשה הלא אם עד אחד העיד שמת בעלה והתירוה לנשא לאחר או ב' אמרו שמת ונשאה לאחר ואח"כ בא בעלה הראשון הולד מהשני ממזר ובכה"ג כיון שנשאה בהיתר ודאי לא חיישינן שזנתה ואם הבעל השני מת בלא בנים אחרים ואין לו רק הבן שילדה לו שהוא ממזר פוטר את אשתו מחליצה, ועל סתירת הרמב"ם הייתי אומר לחלק, דעיין ברמב"ן והרשב"א והריטב"א ביבמות פ"ח שכתבו כולם בהחלט דעד אחד נאמן אפילו באתחזק איסורא להתיר ובכל מקום דע"א נאמן גם אשה נאמנת, לפ"ז יש לאמר לענין אכילת תרומה דהוה דבר איסור אשה נאמנת אבל לפטור מחליצה שכתבו הריטב"א והנמ"י והמרדכי בפ' מצות חליצה דחליצה הוה דבר ערוה ובדבר ערוה דבעי שני עדים אין סומכין עליה, אך לפ"ז קשה על רבא דמביא ראי' ביבמות ס"ט ממתניתן דאוכלת בתרומה הלא יש לחלק כמו שכתבתי התם הוה דבר איסור נאמנת, אבל בארוסה דאם זנתה בנה ממזר הוה דבר שבערוה ואין דבר שבערוה פחות משנים חיישינן:

ומבלעדי זאת יש לי שם ביבמות ס"ט לעורר על רש"י בל"ק ד"ה הולד ממזר כתב חיישינן הואיל ופרוצה היא אחר נמי בא עליה ובלישנא בתרא שם בד"ה הולד ממזר כ' רש"י ודאי ממזר דבתר רובא דעלמא שדינן ליה ומאינש אחרינא הוה ע"ש יש לעיין למה לא כתב רש"י כן בל"ק, נראה דבל"ק קיימינן דודאי בא הארוס עליה וידעינן שהארוס עשה מעשה ביאה שתוכל להתעבר ע"י ואכן מספקינן שמא גם אחרים עשו מעשה ביאה ובאו עליה שהם רובא דעלמא הלא זה הוה רובא דתלי' במעשה ובבכורות דף כ' אמר רבינא רובא דתלי' במעשה לא הוה רוב לכן כ' רש"י דאינו אלא חשש שמא גם אחרים באו עליה, אבל בל"ב דלא ידעינן שבא הארוס על ארוסתו כ"א אנחנו לא נדע מי עשה מעשה הביאה שע"י נתעברה אם הארוס או רובא

דעלמא

דעלמא שפיר כ' רש"י דאזלינן בתר רובא דעלמא שהמעשה נעשה על ידם ולא ע"י האנוס ואין כאן רובא דתלי' במעשה דהמעשה ודאי נעשה ואמרינן שנעשה ע"י רוב ולא ע"י אנוס אך ע"ז יש לפקפק הלא בכל ב' לשונות בעל המאמר הוא רבא והלא רבא לית ליה הא דרבינא וסובר שם בבכורות י"ט דרובא דתלי' במעשה הוה רוב מעלי' ע"ש ולמה לא פירש רש"י כן בל"ק ובזה היה ניחא לי לסלק מה דקשה לי בל"ק כיון דאנוס ודאי בא עליה הלא יש לן ס"ס להקל חדא שמא לא באו עליה אחרים רק האנוס והיא מותרת לאנוס שלה ואת"ל שגם אחר בא עליה ונאסרה על האנוס שמא לא נתעברה מביאת אחר כ"א מביאת אנוס והולד כשר ולמה אמר רב דהולד ממזר ושמואל אמר דהוה שתוקי, אך נגד הס"ס הוה רובא דעלמא ולרבא רובא דתלי' במעשה הוה רוב מעלי', ולדידא דקי"ל כרבינא דלא הוה רובא אין לחוש לממזרת כיון דאנוס ודאי בא עליה, ומיושב לפ"ז הא דאמר ר' יוסף בכתובות דף י"ג כיון דמודה האנוס שבא עליה לכ"ע אין לחוש דסובר כרבינא דלא הוה רוב ויש לן ס"ס להתיר הולד, ועיין ברש"י בל"ב ד"ה דדייקא מעלמא שכ' דליכא לאכשורי כשאר בני דומה דכשרים דהתם כיון דנשואה היא רוב בעילות הולכין אחר הבעל עיין בתוס' ביבמות קי"ט ד"ה כ"מ היא שכתבו ב' תירוצים על קושיתם שם דרוב מתעברות הוה רובא דתלי' במעשה ותירצו דסוגי' דהתם אתי' כרבא דסובר דהוה רובא, ובתירץ ב' תירצו דבאים עם אשתו אתי' ממילא דאדם זקוק לאשתו ע"ש והנה לתירץ שני ניחא דאמרינן באשת איש שזינתה דהולד כשר דאזלינן בתר רוב בעילות של הבעל דממילא אתי' אבל לתירץ ראשון ק' הא הוה רובא דתלי' במעשה דהא ידעינן שזינתה ולא ידעינן אם הבעל בעל רוב בעילות ולרבינא דקי"ל כותיה אין לסמוך על רוב כהאי, ובזה יש מקום לתרץ קושי' תוס' בסוטה דף כ"ז ד"ה רוב בעילות שהקשו שם על שמואל דאוסר בת דומה ע"ש די"ל בזה פליגי שמואל ור' יוחנן שמואל סובר דגם בבעל הוה רובא דתלי' במעשה וסובר כרבינא דלא הוה רוב לכן אל ישא בת דומה דאין לסמוך על רוב בעילות של בעל ור' יוחנן סובר כתירץ שני של תוס' דבאים ואשה הוה רובא דממילא ומותר בבת דומה דסמכינן על רוב בעילות דהולכין אחרי הבעל ולהלכתא קי"ל שם כר' יוחנן ומה נעים בזה דרבא שם נדחק לתרץ דברי ר' יוחנן מה דק' עליו מברייתא לרבא דסובר רובא דתלי' במעשה הוה רוב מעלי' ודאי ליתא לדשמואל כ"א כר' יוחנן דישא בת דומה דסמכינן על רוב בעילות של בעל:

ועיין שם בתוס' בסוטה שסוברים לפרש ביבמות פ"ט דייקא מינה היינו דלא ידעינן שבא עליה רק שיצא קול ע"ש וקשה עליהם קושי' תוס' ביבמות דף ע' שהקשו שם מאי מייתי שם רבא ראי' ממתניתן דאוכלת בתרומה הלא התם בודאי בא עליה הכהן ול"ע ועיין בקרבן נתנאל ביבמות פ"ט שהקשה על הרי"ף ועל הרא"ש שלא הביאו הא דרבא בדייקא מינה ודייקא מעלמא דהולד כשר ע"ש ויש לאמר הם מפרשים כתוס' יבמות שם דייקא מינה היינו שידעינן שבא עליה והאי דינא הלא הביאו בודאי בא עליה בתר דידיה שדינן וכשר, ויש לעיין באשת איש שזנתה דמכשירי' הולד משום דרוב בעילות הולכין אחר הבעל אם האשה טוענת שאין לו גבורת אנשים או שאינו יורה כחץ ואינו ראוי להוליד אם נכשיר הולד כיון דודאי זנתה ולפי דבורה אין הבעל ראוי להוליד, גם בהלך בעלה למדה"י וילדה סוף י"ב חודש דקי"ל כרבה תוספאי יבמות דף פ' דאמרינן אשתהי, אם היא אומרת שזנתה אם נאמין לה דרק לאוקמי אותה בחזקת כשרות לבעלה אזלינן בתר מיעוטא דאשתהי דרוב נשים יולדות לט' חדשים ולא לי"ב אבל היכא דהיא עצמה אומרת שזנתה ומגרע חזקת כשרותה ורוב מסעי' לה י"ל דנאמנת ולא אמרינן דעיניה נתנה באחר:

שם סעיף י"א הלכה היא ובעלה ובנה, עיין בב"ש ס"ק ע"ז שהקשה אמאי מוללת הלא יש לחוש שיבואו עדים שמת בעלה ואח"כ בנה ותצטרך כרות לכהונה ותירץ דבכה"ג אסורה לכהן דשוי' אנפשי' חתיכה דאסורה ע"ש וקושי' זו הקשה ג"כ המ"ל בפ"ג מה' יבום ה' י"ג ותירץ ג"כ תירץ זה ע"ש ולדידי לא נראה כן דדוקא באומרת מת בעלי ואח"כ בני שוי' אנפשה חתיכה דאסורה ליבם דהא אסורה עליו באיסור כרת וכן באומרת מת בני ואח"כ מת בעלי שוי' אנפשיה חתיכה דאסורה לעלמא עד שתחלוץ ותתיבם, משא"כ לכהן לא שוי' אנפשי' חד"א דהא אם ייבם אותה היבם וימות אח"כ תהיה מותרת לכהן בפרט להנך פוסקי' שמצות יבום קודמת לחליצה דקרוב לודאי שייבם אותה, וע"ש במ"ל שתירץ עוד תירץ שאין לחוש שמשקרת דלמה תשקר ותאסור עצמה לשוק ע"ש וק' עליו הלא ביבמות ל"ד חיישינן שמשקרת משום דלמא נרחמא ליה ליבם ע"ש ואודות קושיתם בלא"ה לא קשי' דכה"ג לא חיישינן שיבואו עדים ויאמרו ששקרה דאל"ה אמאי מתרצינן ביבמות קי"ט ע"ב דמתניתן איירי שאמרה אני והוא הייני נחבאים במערה ניחוש שמא משקרת ויבואו עדים אע"כ דלא חיישינן כולי האי רק שיבואו עדים ויאמרו כמו שאמרה, או בהלך בעלה ובנה למדה"י והיא בעצמה אינה יודעת אם ילדה לבתה או לא חיישינן שיבואו עדים ויאמרו שילדה:

שם סעיף י"ב הלכה היא ובעלה בלבד ואמרה ניתן לי בן במדה"י אם אמרה מת בעלי ואח"כ מת אותו הבן אינה נאמנת, יש להקשות הלא

ביבמות קי"ט ע"א בתוס' ד"ה אמאי הלך הקשו אמאי אינה נאמנת הלא יש לה מגו לאמר שעדיין קיים ונאמנת דרוב מתעברות ויולדות ותירצו דמיירי שבאו עדים והעידו שמתו שניהם ולא ידעו מי מת ראשון ע"ש ואמאי לא הביאו הפוסקים דרק בבאו עדים שמתו שניהם אינה נאמנת אבל בלא באו נאמנת, והנה לתירוץ ראשון של תוס' שם ד"ה ר"מ הוא דכ' דרק לרבא רוב מתעברות ויולדות הוה רובא אבל לרבינא לא הוה רוב יש לאמר דכל קושי' תוס' שיש לה מגו אינה אלא לרבא אבל להלכתא דקי"ל כרבינא דלא הוה רוב לק"מ קושי' תוס' ואין צריכין לתירוצם דמיירי דבאו עדים אבל לתי' ב' של תוס' שם דגם לרבינא הוה רוב מעלי' קשה קושיתם וצריכין לתירוצם ומכאן היה ראי' שהפוסקים מחזיקים בתירוץ ראשון של תוס' ע"ש ברמב"ן שהחזיק בתירוץ ראשון להלכתא שכ' להלכתא דקי"ל כרבינא ורוב מתעברות ליכא רוב אתי' מתניתן כרבנן ומהאי טעמא פסקו הרי"ף והרמב"ם הא מתניתן להלכה ע"ש ועיין במהרש"א שכ' שדברי תוס' תמוהים דאם באו עדים אמאי נאמנת באמרה מת בני ואח"כ בעלי הלא אין כאן פה שאסר דע"י עדים ידעינן שיש לה בן ע"ש ולפמ"ש הרשב"א ביבמות קי"ח יש ישוב לקושי' תוס' וא"צ לתירוצם שהרשב"א הקשה שם הלא רוב מתעברות ויולדות ואיך נאמנת מת בני ואח"כ מת בעלי הלא בלא אמירתה ידעינן שילדה ובהיפך אם אמרה מת בעלי ואח"כ בני לא תהי' נאמנת ותירץ כיון דבאה ממדה"י בלא בן כמו שהלכה לא יצתה מחזקתה הראשונה ע"ש כונתו ע"י ששבה בלא בן איתרע הרוב שמתעברות ויולדות דאז לא היתה שבה ריקם וע"ש ברמב"ן שתירץ ג"כ כהרשב"א, לפ"ז לא קשה קושי' תוס' ואין צריכין לתירץ שבאו עדים ולכן לא הביאו הפוסקים, וע"ש ברמב"ן שהקשה כיון דרוב נשים מתעברות בתרווייהו להימנא או לא להימנא ע"ש ולא הבנתי קושיתו למה לא תהי' נאמנת במת בעלי ואח"כ בני הרשב"א הקשה שפיר כמו שהבאתי, ועיין ביבמות דף קי"ט ע"ב שם פליגי זעירא ור' חנינא לזעירא חוששין אחר ט' חדשים ולר"ח אינה חוששת לעולם ע"ש ויש לאמר דפליגי בב' תירוצי של תוס' זעירא סובר כתירץ ראשון של תוס' דרוב מתעברות להלכתא לאו רובא הוה ויש לן כמה ספקות חדא שמא לא ילדה לרתה ואת"ל ילדה שמא לא תנשא לכהן לכן אין חוששין למכשול אם תחלוץ שיאמרו חלוצה מותרת לכהן, ור"ח סובר כתי' ב' של תוס' דלכ"ע הוה רוב מעלי' וקרוב לודאי שילדה ואין כאן אלא ספק אחד שתשא לכהן וחיישינן לתקלה, ולהלכתא דפסקו הפוסקים כר"ח ע"כ סוברים כתירץ ב' של תוס' דהוה רובא וזה מתנגד למה שכ' הרמב"ן דמש"ה פסקו הרי"ף והרמב"ם כמתניתן משום דפוסקים כרבינא דרוב מתעברות לא הוה רוב ואתי' מתניתן כרבנן ע"ש הלא לפי מה שכתבתי, כיון דפסקו כר"ח סוברים כתי' שני דגם לרבינא הוה רוב מעלי':

אך עיין בראש יוסף חולין י"א ובספרו גינת וורדים סי' ס"א ובתשו' רעק"א ח"א סי' ע"ד כולם כתבו לרבנן רובא דתלי' במעשה הוה כמו לר"מ רובא דלא תלי' במעשה וכמו דר"מ לא חייש למיעוט כ"א מדרבנן ה"ה לרבנן ברובא דתלי' במעשה חיישי' למיעוט מדרבנן אבל מה"ת הוה רוב מעלי' ע"ש לפ"ז ליתא למה שכתבתי לזעירא כיון דרוב מתעברות לאו רובא הוה ספק, הלא מה"ת הוה רוב מעלי' ואין כאן ספק, ויש להביא ראי' לדבריהם מחולין דף ע' ע"א ר"א בר"י אמר טרפה ואסורה באכילה וכ' תוס' שם ד"ה ואסורה משום דרוב פעמים שוחט שפיר ושרי מדאורי' לא החמירו לעשות נבלה וע"ש בהרשב"א שכ' דהאי רובא תלי' במעשה ובכל זאת כתבו תוס' דמצד האי רובא מותר מה"ת ע"כ דסברו דהוה רוב מה"ת ורק מדרבנן לא הוה רובא, ועפ"ז מובנים דברי תוס' בקדושין דף פ' שכ' על רוב תינוקות מטפחין דהוה רוב גרוע כונתם דהוה רובא דתלי' במעשה ומה"ת הוה רוב רק מדרבנן גרוע הוא, וזהו לפי' רש"י שם שפי' רוב מטפחין באשפה, אבל לר"ת שם דפי' מטפחין בעיסה ואף שעיסה ביד התינוק י"ל דאדם טהור לקח מעיסה ונתנו לתינוק ועיין ברשב"א חולין י"א שחידש דאם גם המיעוט תלוי במעשה אז רובא דתלי' במעשה כמו רובא דלא תלי' במעשה וכיון דעיסה ביד התינוק ע"כ שנעשה מעשה רק מצד הרוב התינוק עשה המעשה ולקח מן העיסה ומצד המיעוט אדם אחר לקח מהעיסה ונתן לתינוק וגם המיעוט תלי' במעשה בכה"ג הוה רובא מעלי' ובזה מסולקת קושי' תוס' ורמב"ן ורשב"א וריטב"א בחולין פ"ו שהקשו למה נקט ועיסה בידו הלא די אם התינוק נמצא בצד העיסה ואין עיסה בידו ע"ש אך בכה"ג הוה רובא דתלי' במעשה כיון דהמיעוט לא תלי' במעשה אבל אם עיסה בידו גם המיעוט תלי' במעשה הוה רוב מעלי', לפ"ז רק לפי' רש"י דהמיעוט לא תלי' במעשה ורובא תלי' במעשה ובכל זאת אמרו רבנן דרוב מטפחין הוה רוב ע"כ כראש יוסף דרובא דתלי' במעשה הוה מה"ת רוב אבל לפי' ר"ת י"ל התם ה"ט דהוה רוב משום דגם המיעוט תלי' במעשה, אבל היכא דרוב תלי' במעשה ומיעוט לא תלי' במעשה יש לאמר דלא הוה רוב אף מה"ת, וכן מוכח מהרמב"ן בח' בכורות דף כ' שכ' כיון דהמיעוט לא תלי' במעשה עדיף המיעוט מהרוב דתלי' במעשה ע"ש וכיון דהמיעוט עדיף מהרוב ודאי מן התורה לאו רובא היא, ובזה יש לתרץ קושי' תוס' בקדושין דף פ' על רש"י דבירושלמי מפרש מטפחין בעיסה, דלתי' ראשון בתוס' יבמות קי"ט דסוגי' שם אזלה לרבא דרובא דתלי' במעשה הוה רוב, אבל לרבינא לא הוה רוב, מפרש רש"י

גם הסוגי' בקדושין פ' לרבא דרוב תינוקות מטפחין באשפה ולרבא הוה רוב, והירושלמי קאי לרבינא דלא הוה רוב הורגה לפרש מטפחין בעיסה וגם המיעוט תלי' במעשה לכן הוה רוב, ועיין בגינת וורדים כלל ס"א שחידש דאם הרוב לא תלי' במעשה ומיעוט תלי' במעשה אז גם ר"מ לא חייש למיעוט, ויש לעיין מע"ז דף ל"ד רוב עגלים נשחטי' לע"ז ומיעוט אין נשחטים לע"ז והאי רוב נחשב רק למיעוט כגד שאר בהמות ור"מ דחייש למיעוט אוסר ומקשינן שם אפילו ליכא אלא מיעוט שנשחטים לע"ז הלא ר"מ חייש למיעוט ע"ש ומאי קושי' הלא ברוב דלא תלי במעשה ומיעוט תלוי במעשה גם ר"מ לא חייש למיעוט, ועיין בע"ז דף מ' דאמרינן שם במקומו של ר"מ היו עובדין פעם אחת בשנה ור"מ דחייש למיעוט, אוסר שאר מקומות אטו אותו מקום ועיין שם בתורת חיים דלר"מ חיישינן בשאר מקומות שמא הן מהמיעוט שעובדין וקשה הלא ברוב דלא תלוי במעשה והמיעוט תלוי במעשה גם ר"מ לא חייש למיעוט אע"כ דר"מ בכל אופן חייש למיעוט ובזה יש לתרץ קושי' תוס' בע"ז מ' שם שהקשו דשם פליג רשב"ג אר"מ ולא חייש למיעוט ובשבת קל"ו חייש למיעוט כפלים ע"ש די"ל דרשב"ג פליג אר"מ דסובר כ"ש ג"ו כיון דרוב לא תלוי' במעשה ומיעוט תלוי במעשה לא חיישינן למיעוט אבל במיעוט דלא תלי' במעשה חייש למיעוט ור"מ בכל אופן חייש למיעוט, ועיין בקדושין דף כ' בתוס' ד"ה ה"ג שהביאו בשם ר"ח דרובא מקבלי והדר מקדשי ומיעוט מקדשי והדר מקבלי חיישינן למיעוט והלא הרוב לא תלי' במעשה ומיעוט תלי' במעשה אע"כ דגם בכה"ג חיישי':

ועיין בריטב"א וגם הנמ"י הביאו והתוס' י"ט בפ' האשה שהלכה דמיעוט שאינן מתעברות הן רק מיעוטא דמיעוטא ורק עם מיעוט מפילות יחדיו הוה מיעוט שלם ע"ש וקשה לי איך אמר ר' יהושע בילאה מלאה דאין חוששין משום דמצטרפין מיעוט מפילות עם מחלה נקבות והוו זכרים רק מיעוטא הלא התם ודאי נתעברה ומיעוט מפילות לחודא לא הוה מיעט גמור בלי מיעוט שאין מתעברות, ויש לאמר דבזה גופא פליגי ת"ק ור"י ת"ק סובר כש' הריטב"א דמפילות לחודא לא הוה מיעוט גמור ואין לצרפו עם מחצה נקבות ור"י סובר דהוה מיעוט גמור ומצטרפין לפלגא נקבות, ועפ"ז מיושבים לי כמה קושי' על הריטב"א, חדא מנ"ב דף ל"א דמקשינן שם לרב מכמלא ולדה בלדה ולא מקשינן לשמואל הלא התם ודאי נתעברה ומפילות לחודא ליכא מיעוט וקשה אף לשמואל גם קשה מפ' אלמנה לכה"ג ביבמות אמר ר"ש בהכירה מעוברת דאכלה בתרומה דמצטרפין מיעוט מפילות למחצה נקבות והתם ודאי נתעברה שלישית מרשב"ג בשבת קל"ו דאמר בלא שהה ספקא הוה הלא מפילות אף מיעוט לא הוה ולפמ"ש י"ל דכל הכי סוברים כר' יהושע דמפילות לחודא הוה מיעוט אך עדיין קשי' הלכתא אהלכתא דהא בשבת אמר שמואל הלכה כרשב"ג וכאן פוסקים הפוסקים כת"ק דר' יהושע דנפלים לא הוו מיעוט וצ"ל בשניהם אזלינן לחומרא:

סימן קנ"ז

סעיף א' מי שיש לו אח מאביו אפילו הוא ממזר, עיין בב"ש סק"א דמיירי שהיו חבושים בבית האסורים, ועיין בבית מאיר שכ' כשיש אח בלא ממזר צריכים חליצה מן הכשר דעולה ליבום אבל הממזר אינו עולה ליבום, ולמ"ד בחליצה פסולה צריכה לחזור על כל האחין אף בדיעבד אם חלץ הממזר לא מהני ע"ש עיין ברי"ף ורא"ש ביבמות דף כ"ב שכתבו על הא דממזר זוקק ליבום דחייבי לאוין בני יבום נינהו דעשה דוחה לל"ת רק דגזרו חז"ל ביאה ראשונה אטו ביאה שני' ע"ש לפ"ז הממזר עולה ליבום מן התורה וחליצתו חליצה כשרה ויכול לחלוץ אף במקום אחים, אך ע"ש בנמ"י שהק' הא אפשר לקיים שניהם דהא יכול לחלוץ ותירץ דמצות יבום עדיפא וקדמה למצות חליצה והוה אי אפשר לקיים שניהם ע"ש והא תינח לרי"ף ורמב"ם ודעימי' שפסקו דמצות יבום קודם, אבל להנך פוסקים שפסקו כאבא שאול בבכורות י"ג דהשתא מצות חליצה קודמת הוה אפשר לקיים שניהם ואין עשה דוחה לל"ת ואין הממזר עולה ליבום, אך קושי' נמ"י יש ליישב בלא"ה דדוקא אם העשה דוחה לל"ת אז החליצה כשרה דאז הממזר עולה ליבום אבל אם נימא דאין עשה דוחה לל"ת ואין הממזר עולה ליבום אז החליצה פסולה ואי אפשר לקיים שניהם לכן עכל"ל דעשה דוחה לל"ת ועולה ליבום וחליצת ממזר כשרה וא"צ לחזור על כל האחים, ואף בדאיכא עוד אח ג"כ לא הוה אפשר לקיים שניהם ע"י אח כשר דעכ"פ בממזר א"א לקיים שניהם דהוא אינו יכול לקיים עשה דיבום ואללו דוחה העשה נל"ת וחליצה כשרה:

ועיין בספר חסידים סי' ת"ק שכתב דהממזר לא יוליד בנים דלא חי כטרפה דלא חי ע"ש וק' לי הלא הוא בעלמו כ' בסי' תל"ג דמש"ה אח שלא היה בעולמו אינו זוקק ליבום משום שצריכה להמתין ט' שנים עד שראוי לביאה ובשהתה עשר שנים אחר מיתת בעלה לא תהי' עוד ראוי להוליד ואי אפשר עוד להקים לאחיו שם ע"ש ולפ"ז אמאי ממזר זוקק ליבום הא כיון דאינו ראוי להוליד לא שייך גביה להקים לאחיו שם, וע"ש בסי' ת"ק שכ' המוליד ממזר לא קיים מצות פרי' ורביה ע"ש והעלים עינו מהירושלמי בפ"ב דיבמות הלכה ו' דאמר שם ר' אבין

דממזר

דממזר בנו לכל דבר אפילו לפרי' ורבי' ופסקו רמ"א באה"ע סימן א' וצ"ע:

שם בסעיף א' משיצא ראשו ורובא לאויר עולם קודם שמת אחיו זוקק את אשתו ליבום, פה בעירי מת אחד בלא בנים ואביו בא על פנוי' והיתה דייתא מניקה וגם דייתא מעלמא ונתעברה ואמרה שממני' נתעברה והוא הודה שבא עליה ובעת שישבה על המשבר וילדה את בנו של זה בלא בנים ולא נודע אם נולד בן פנויה קודם מיתתו או אח"כ ונשאלתי אם אשתו זקוקה לזה בן פנוי' שנולד או לא, והנה בסימן קנ"ו סעי' ט' פוסק הש"ע דמי שזינה עם פנוי' ונתעברה ואמרה שהעובר ממנו ואפילו הוא מודה לה הרי זה ספק וחולצת ולא מתיבמת ע"ש משום דאנו חוששין כשם שהפקירה עצמה לזה הפקירה עצמה גם לאחרים, לפ"ז בנידון דידן דלא נדע אם זה נולד קודם מיתת אחיו או אח"כ אם נאמר שצריכה חליצה ממנו תתעגן עד שיהי' בן י"ג שנים שיהי' ראוי לחליצה, ונחקור תחלה אם היה זה שנולד ודאי אחי המת רק דאיכא ספק אם נולד קודם מיתת אחיו או אח"כ, הנה מצד שהיתה אשת המת בחזקת היתר לשוק כל ימי חיי בעלה שלא היה לו אח אין להעמידה על חזקתה ראשונה לאמר שנולד אחר מיתת אחיו ועדיין היא מותרת לשוק, הלא הרמב"ן והרשב"א והריטב"א ביבמות דף קי"ט כתבו על מתניתן שם ביצאה מלאה דחוששין דכיון דאינו שנתעברה חמותה איתרע חזקת היתר לשוק והוה קצת מאז בחזקת יבום ע"ש ה"נ מאז שאמרה הפנויה שנתעברה מחמיה והוא הודה שבא עליה איתרע חזקת היתר לשוק, ואף דיש לחלק התם ודאי מחמיה נתעברה וכאן ליכא ודאי בכל זאת איתרע חזקת היתר לשוק כיון דצריכה חליצה עכ"פ, אך מטעם אחר יש להתירה דעיין בתוס' בב"מ דף ק' ד"ה הא מני שכתבו דיש להעמיד הפרה או השפחה בחזקת מעוברת דהשתא הוא דילדה ע"ש ה"נ ניחא כן דנעמיד היולדת בחזקת מעוברת והשתא הוא דילדה אחר מיתת אחיו ולא קודם מיתתו, אך לדעתי תלי' סברת תוס' בפלוגתא דט"ז ונקה"כ בי"ד סי' ש"ז בנמצא מת ולא ידעינן מתי מת סובר הט"ז דממשיכין חזקה דהשתא ואמרינן שכבר מת כיון דחזקת חי עומדת להשתנות חזקה דהשתא עדיפא והש"ך בנקה"כ שם חולק דגם בכה"ג חזקה דמעיקרא עדיפא ואמרינן השתא הוא דמת ע"ש ה"נ הלא חזקת מעוברת עומדת להשתנות דודאי לא תשאר מעוברת כ"א עומדת ללדת וכיון דהשתא ילדה ממשיכין להט"ז חזקה דהשתא ואמרינן שכבר ילדה, אבל להש"ך אמרינן כתוס' דמוקמי' בחזקת מעוברת והשתא ילדה, ולדעתי יש להביא ראי' להט"ז מב"ב דף ל"ג דמקשינן שם על רב מסור שנגח את הפרה דמשלם רק רביעית אמאי הלא רוב פרות ולד מעלי' ילדן ע"ש וק' אמאי לא מקשינן גם לשמואל הלא ביבמות קי"ט אמרינן היכא דאיכא רובא וחזקה יחדיו אפילו לר"מ לא חיישינן למיעוטא דאינו אלא מיעוטא דמיעוטא והלא בשור שנגח הוה רובא וגם חזקת מעוברת וקיימא השתא אחר נגיחה ילדה ולא קודם וישלם חצי אף לשמואל דאין כאן אלא מיעוטא דמיעוטא אע"כ כהט"ז דבכה"ג שנולד לפנינו אמרינן כבר נולד וחזקה דהשתא עדיפא ואין כאן רוב וחזקה אך עיין בירושלמי ריש פרק ב' דיבמות שמקשה למה לן קרא דישבו אחים יחדיו שצריך שיהי' נולד בחיי אחיו ייפוק קרא דבן ואב אין לו דהא אסורה לישא כל זמן שאביו חי שמא יוליד בן ותהיה זקוקה ומתרץ דצריכין קרא היכא דנתעברה חמותה בשעת מיתה דא"צ להמתין אם יהיה ב"ק כמו אם מניח אשתו מעוברת דצריכה להמתין אם יהיה ב"ק או לא ע"ש ועיין בתוס' ביבמות דף י"ז ד"ה אשת אחיו שהקשו מקרא דרכיה דרכי נועם ותירצו כתירוץ הירושלמי ולא זכרו שהם דברי ירושלמי ויש להקשות על תירוץ ירושלמי מר' יהושע ביבמות קי"ט דפליג את"ק ביצאה מלאה דאיכא חוששת דזכרים הם רק מיעוטא ע"ש לפ"ז בחמותה מעוברת א"צ לחוש למיעוט זכרים ולמה לן קרא דא"צ להמתין ולא דמי למה שהביא הירושלמי מניח אשתו מעוברת דצריכה להמתין דעיין ביבמות ל"ז דהולד אינו פוטר עד שיצא לאויר עולם וע"ש ברש"י שכ' וא"ת הלך אחר רוב נשים דולד מעלי' ילדן ותהי' מותרת ליכנס הולד אינו פוטר עד שיצא לאויר עולם ע"ש אלמא דמצד רוב תוכל ליכנס וא"צ להמתין וקשה עדיין לר' יהושע קושי' ירושלמי למה לן קרא, ואפשר לאמר דקרא בא למעט דאם יש ספק אם נולד קודם מותו או אח"כ דאינה זקוקה דאנן צריכין לידע בבירור שישבו האחים יחדיו בעולם אבל בספק אינה זקוקה לפ"ז י"ל הירושלמי מתרץ אליבא דת"ק דסובר ביצאה מלאה חוששת, ולר' יהושע דאין לתרץ כן מתרצינן באמת דקרא בא למעט ספק נולד אינו זוקק, לפ"ז בנידון דידן יש להתיר האשה ליכנס לשוק חדא מהאי טעמא, שנית להש"ך בנקה"כ מוקמינן אותה בחזקת מעוברת ואמרינן השתא אחר מיתתו ילדה ואפילו להט"ז יש לן ס"ס חדא שמא זנתה גם עם אחרים ומהם נתעברה ולאו אחי המת הוא וא"ת שהוא אחיו שמא נולד אחר מיתתו ואינה זקוקה לו ומותרת לינשא לשוק לענ"ד:

ועיין בתוס' ר"ע איגר בפרק ב' דיבמות משנה ה' אות י"ט שכ' אם אחד היה מזנה עם אחת ומת והניח אשה בלא בנים יש לאמר שאחי המת אסור ליבם את אשתו דיש לחוש כמו שהיה מזנה עם זו הי' מזנה גם עם אחרות וילדו ממנו בנים ואסורה ליבם והניח בצ"ע לדינא, ולדעתי אין לחוש דהא יש לן כמה ספקות חדא שמא לא היה מזנה עם אחרת וא"ת שזינה עמהן שמא לא נתעברו דהמזנה

מהפכת עצמה אחר תשמיש שלא תתעבר ורובא אינן מתעברות ורק באשה שיש לה בעל אמרינן רוב מתעברות ואת"ל נתעברו שמא הפילו לכן נראה דמותרת ליבום:

שם סעיף ד' נפלה לפני יבם מומר יש מי שמתיר אם היה מומר כשנשאה אחיו, עיין בב"ש סק"ד שכ' דאף דקי"ל מיתה מפלת והגהות מרדכי כתב דבמומר אחר הנשואין נמי מקילין מטעם הנ"ל מ"מ נראה עיקר כרוב הפוסקים דסברו דוקא במומר בשעת נשואין א"צ חליצה ע"ש. נשאלתי באחד שנתמנה לפקידה גבוה בתנאי שימיר עצמו ולמען השיג ההתמניות שתכנים לשנה הרבה אלפים המיר דתו ואז היה פנוי אח"כ לקח לו לפלגש אשה יהודית וילדה לו ג' זכרים וכולם נמולו והיא הנהיגה את הבית בכשרות והוא אוכל רק בשר כשר ומתענה ביה"כ עד שנראה מכל מעשיו שרק מחמת התמניותו אינו חוזר לדתו שאם יחזור מיד יורידוהו מפקידתו ואחיו יהודי נשא אשה בעת שהי' הוא מומר ועוד הי' להם אח יהודי ואחר הנשואין המיר גם אחיו השני את דתו בלי שום אונס רק משרירות לבו הרע ועזב את מקומו והלך למרחקים ועקבותיו לא נודעו עדיין לאן הלך ומת היהודי בלי בנים והמומר שהי' מומר בשעת קדושין יושב במקום היבמה ורוצה לחלוץ ליבמתו והשני שהמיר אחר הנשואין לא ידענו מה היה לו לאן הלך, גם אם חי עדיין או מת כי הגיע לשמונים שנים והיבמה היא עדיין רכה בשנים ואם תצטרך חליצה מאח שהלך תתעגן ועיינתי אם יש למצוא היתר להעלובה שלא תתעגן, עיין ברמ"א כאן היו לה ב' יבמין אחד מומר ואחד ישראל לא תחלוץ אלא מישראל ואפילו בדיעבד לא מהני מן המומר ע"ש מבואר דוקא אם השני ישראל הוא אז אף בדיעבד חליצת מומר לא מהני, אבל אם גם השני מומר מהני חליצת מומר הראשון וכאן ב' אחים מומרים הם ויהני חליצת מומר, אך עיין בב"ש סק"ד שכ' אף דקי"ל מיתה מפלת מ"מ נראה עיקר כרוב הפוסקים דבעי דוקא שהמיר בעת הנשואין ע"ש לפי דבריו העיקר דרק למומר בשעת נשואין אין היבמה זקוקה אבל למומר שהמיר אח"כ זקוקה לו לפ"ז אין חליצת המומר שהיה מומר קודם נשואי אחיו תוכל לפטור ממומר שהמיר אחר נשואי אחיו כיון דלראשון אינה זקוקה איך יפטור הראשון בחליצתו שלא תהיה זקוקה לאח שהמיר אחר נשואין שזקוקה לו מצד הדין, אך האחרונים בתשובותיהם הרבו לתמוה על חלוקו של ר' יודא גאון שמחלק בין המיר קודם או אחר נשואין, אי מטעם דסובר נשואין מפילות הלא ביבמות דף ק"ט סוברים רבא ור' אשי דמיתה מפילות וכן פוסק הרמב"ם בפ' ז' מה' יבום ה' י"ב ובש"ע אה"ע סי' ע"ג סעי' ט"ז, ואי משום דליכא אחוה במומר ודאי אין חילוק כיון דהוה מומר בשעת מיתה פסקה האחוה ואין לו אח במיתתו ואינה זקוקה, ואני אוסיף עוד להקשות לפי הטעם של מהר"ם מרויטענבורג שהביא המרדכי אדעתא דהכי לא קדשה נפשה שתהיה זקוקה למומר יש סברא להיפך אם כבר המיר האח קודם קדושין היה לה להתנות כשקיבלה קדושין שאם ימות המקדש בלי בנים לא יחולו הקדושין ומדלא התנתה כן מוכח שלא הקפידה ע"ז אם תהיה זקוקה למומר אבל בהמיר אחיו אחרי הקדושין איך תעלה על דעתה שאחיו ימיר דתו ויעזוב אמונתו דבר דלא שכיח כלל ואמרינן אנן סהדי שבת ישראל לא נתקדשה אדעתא דהכי שתהי' זקוקה למומר והוה כאלו היתה מתקדשת בתנאי, אך מטעם אחר יש לחוש כיון שהלך האח שהמיר אחר נשואי אחיו למרחקים למקום שאין מכירים שמא מחמת תשובה עשה כן שם שב לאמונתו ולבש שחורים והוא יהודי עתה בשעת מיתת אחיו וזה שחולץ עדיין מומר הוא ולא שב לאמונתו, וי"ל דיש כאן ס"ס דעיין בגיטין כ"ח דאמר רבא בזקן שהגיע לגבורות ליכא חזקת חי והוה ספק שמא מת ע"ש לפ"ז יש לן ס"ס דזה שהלך הגיע לשמונים שנים שמא מת ואין כאן אח אלא המומר שהי' בשעת נשואין ושפיר חולץ ואת"ל שלא מת שמא עדיין מומר הוא ולא שב לאמונתו ופוטר המומר בחליצתו את המומר שהלך, אך הא תינח לשיטת רמ"ה הובא בש"ע אה"ע ה' גיטין סי' קמ"א סעי' ח' שמשמונים עד מאה שנים ליכא חזקת חי והוה כגוסס דרוב גוססין למיתה, אבל לדיעה הראשונה שם שהיא שיטת רמב"ם פ"ו מגרושין ה' כ"ח דלא פסקינן כרבא בזה וכן דעת הרי"ף והרשב"א דבכל אופן מוקמינן בחזקת חי לית לן ס"ס להתיר כ"א ספק אחד, ונראה דבכל זאת יש לאמר דחליצת מומר שלפנינו פוטרת הלא הרמ"א כאן פוסק כריב"ש אם אחד מן האנוסים חלץ מהני בדיעבד ובנ"ד יש לאמר דהוה כאנוס דלא עזב דת יהודית משרירות לבו הרע כ"א להשיג התמניות ואנו רואים שלא נשא נכרית ודבק בבת ישראל והניח למול הזכרים ואינו אוכל טרפות ומתענה בכל יה"כ מכל מעשיו נראה שעדיין לבו לשמים ועדיין יש אחוה בינו לבין אחיו המת והוא לא היה מעביר אותה מן הדת אם היה מיבם אותה בגלל כן יש לאמר דחליצתו פוטרת מזיקה למומר שהמיר אחרי הנשואין בלי שום סבה כ"א מחמת שרירות לבו הרע ויש לחוש לעיגון שלא תתעגן אשה רך בשנים והרבה חשו חז"ל שלא תתעגנו בנות ישראל:

שם סעיף ו' לא הי' מוחזק באחין ואמר יש לי אחין, עיין בב"ש סק"ז שכ' לנמ"י באינו מוחזק באחין עדיין אין האשה בחזקת שאינה זקוקה ליבום למה לא נאמין לעד א' או לבעל כשאמר שיש לו אחים הלא בש"ע י"ד מבואר דע"א נאמן באיסורין בדליכא חזקה ע"ש וי"ל דעיין במרדכי ובנמ"י ובריטב"א ריש פ' מצות חליצה

שכתבו דחליצה הוה דבר שבערוה ע"ש לפ"ז אף דע"א נאמן באיסורין אבל בדבר ערוה בעי שנים אין ע"א נאמן לכן מספקינן ביבמות ל"ד אי ע"א נאמן להתיר יבמה לשוק דאי הוה כשאר איסורין שבתורה היה קשה טובא לרמב"ן ורשב"א וריטב"א שכתבו ביבמות פ"ח דע"א נאמן באיסורין אף באתחזק איסורא להתיר למה לא נאמין לעד א' להתיר יבמה אף שהיא בחזקת זקוקה ליבום אע"כ משום דיבמה הוה דבר שבערוה מספקינן ורק משום דיקא ומנסבא ומשום עיגון יש לאמר שנאמן ע"א להתיר אבל לאסרה לשוק בעי ב' עדים כמו בשאר דבר ערוה, ועיין בב"ש שהוכיח מרשב"ס בב"ב קל"ד אם לא אמר הבעל יש לי בנים נאמן עד אחד לאמר אחוה דמיתנא אנא לאסרה ע"ש הנה בזה אזל הרשב"ס לשיטתו שכ' בב"ב דף קל"ה היכא דידעינן דאין לו בנים ואינו מוחזק באחין אסורה האשה מספק ע"ש ועיין בבית מאיר שתמה על הב"ש מגמרא דקדושין ס"ד דמוקי אביי מתניתן בדלא מוחזק בבנים ולא מוחזק באחין דאין הבעל נאמן לאמר יש לי אחים משום דמוציא אותה מחזקת היתר לשוק, וקושיתו יש ליישב בדלא מוחזק בבנים ולא באחים מבואר ברשב"ס דהוה ס"ס חדא שמא יש לו בנים ואת"ל דאין לו בנים שמא אין לו אחים ועי"י ס"ס היא מותרת לשוק לכן אין הבעל נאמן להוציאה מחזקת היתר לאמר יש לי אחים, אבל הב"ש קאי בידעינן שאין לו בנים ואינו מוחזק באחים דלרשב"ס אסורה מספק שמא יש לו אחים ע"ז כ' דע"א או הבעל נאמנים דיש לו אחים, אך יש לעיין לפי המבואר ביבמות קי"ט דסמוך מיעוטא לפלגא והוה רובא לפ"ז בדלא מוחזק באחין יש לן פלגא ופלגא אי יש לו אחים או לא ובחולין י"א אמרינן דיש מיעוטא דלמא לאו אביו הוא שמא זנתה אמו וכיונא סמוך מיעוטא לפלגא דאין לו אחים כלל ואם ישנו שנקראו אחים שמא לאו אביו הוא וזנתה אמו ויש לו אב אחר ואינם אחים מאב אחד ואינה זקוקה ליבום:

שם סעיף י' בהג"ה יבם אסור לדור עם חלוצתו, כשאלתי מאחד מבני קהלתי שהוא ואחיו דרו כל ימי חייהם יחדיו בבית אחד והיו שותפין בכל עסקיהם וגם כיס אחד היה להם ואכלו תמיד יחדיו בשולחן אחד, ואחד מהם היה חשוכי בנים ומת ונשארה אשתו זקוקה לאחיו ולשאר אחים ואחר מיתת בעלה נשארה אשת המת כמוקדם בבית יבמה ואכלה עמו על שולחנו ולא תבעה אותו שיחלוץ לה כי היתה זקנה חדל להיות לה אורח כנשים ולא רצתה עוד להנשא לאיש וגם היבם לא רצה לחלוץ ומעת מיתת אחיו עברו שש שנים עד עתה וכעת רצה היבם לחלוץ ליבמתו באמרו שרוצה לקיים מצות חליצה, גם אמר שאחיו המת בא אליו בחלום הלילה שיחלוץ לאשתו, אך היבם אומר שרק בתנאי זה חולץ אם החלוצה תוכל להשאר בביתו כמוקדם כי אין ביכלתו ליתן לה כתובה וגם היא לא תוכל לפרנס את עצמה אף אם יתן לה כתובתה ואם תצטרך לעזוב את ביתו לא יוכל לקיים מצות חליצה, וזאת תשובתי, שורש דין זה הוא בתשו' רשב"א סי' ר"ט דחלוץ וחלוצה דגייסי אהדדי אסורים לדור יחדיו ואי לא גייסי מותרים, ועיין במהר"ס פדוי' סי' ט"ז שמדחה דברי תשו' רשב"א ואמר דחלוצה בזמן הזה דאיכא גבה איסור יבום ומעולם לא היה דעתם ליבום כ"א לרחק ולחלוץ אין כאן שום חבה וקרבות של אישות ואינם מביאים ברמיזות ובקריצת של אהבה וחבה, ומירושלמי יש ראי' נגד הרשב"א מדקאמר אין מאמר קונה קנין גמור ואי בדלא גייסי אפילו קונה קנין גמור וכי יקנה יותר מארוסין ובאירוסין בדלא גייסי מותרים לדור יחדיו, אע"כ דהירושלמי רוצה להתיר אפילו בדגייסי, אך בגמר תשובתו מסיים ועל כרחי בטלה דעתי אצל דעת הגאון אך בדלא גייסי גם הרשב"א מתיר ושם בתשובה סימן י"ז כתב מה שאמר האי בר סמכא שלא יכול לדור עמה אפילו קודם חליצה לא שמיע לי ולא סבירא לי כי אפילו אחר חליצה לא היה ראי לחוש כי אינו דומה לארוסה דגייסי וכן רמז הרשב"א עצמו שיש לחלק, אך מאחר שמצא קצת ראי' מירושלמי ואומר דבלשון הזה משמע כמי לכאורה דחולץ דכותיה, אמינא הבו דלא להוסיף עליה ע"ש מבואר למהר"ס פדוי לא הודה לדינא לרשב"א רק מצד יראה התרוממות ביטל דעתו אצל הגאון, והנה הא שצריך להוציא מהרשב"א בדלא גייסי דמותרי' קשה לי הלא זאת נודע לנו מגמרא דכתובות דף ח' דמתירין ארוס וארוסה בדלא גייסי וחלוץ וחלוצה לא עדיפא כמו שכתב שם מהר"ס בפשיטות, ועיין במהר"ס מלובלין בתשובותיו סי' קל"א בנידון שאכלו יחדיו היבם והיבמה ואח"כ חלץ אותה ונשאת לאיש ודרים יחד בבית אחד וכ' דמירושלמי מוכח רק בדרצה ליבם אותה מדעשה בה מאמר והיה דעתו לקרב אותה לאישות אבל בזמננו דנוהגים איסור יבום ואין דעתם לקרב אפילו היו ביחד ואכלו על שולחן אחד מצד זה לא גייסי אהדדי אלא כשיש להם קרבות בעניני אישות, ודייק לישנא דרשב"א דגם הוא ע"כ איירי באופן זה שע"י שאכלו יחד היו רואים ביניהם קרוב דעת וחבה יתירה ולכן כ' הרשב"א כל דחזינן להוא דגייסי אהדדי כי הני אח"כ מביא תשו' מהרלא"ח סי' ל"א דמתיר בזמן הזה דאין מיבמין לדור יחדיו וקיים שם על כן בדברי הראשונים אני עומד דבזמן הזה שנוהגין איסור ליבם אין זה צריך מיחוש כלל דלא שייך בהוא איסור זה כלל וכ"ש היכא דיש עוד לצרף היתר דלא חזינן בהוא דהוו גייסא בהדדי כהכי גוונא דכתיבנא למעלה ע"ש ועיין במשאת בנימין תשו' קי"ב דכ' שם ג"כ לחלוק על הרשב"א דביבם ויבמה לא שייך האי דינא אלא שהרשב"א הפריז בדין זה לחומרא

יתירה ולא די דליכא ראי' מהירושלמי אלא איכא תיובתא לדבריו מ"מ לא ראוי לחלק על דבריו מאחר דרב מובהק הוא וע"כ כתבו רבוותא הבו דלא לוסיף עליה דוקא כמו נידון דהרשב"א דחבה יתירה נודעת לכל אדם מתוך מעשיו דמותר כל כך משלו להאכילה על שולחנו כמה שנים וראוי להחמיר כל כה"ג וקיים בתשובתו בנידון דידן א"צ להחמיר ע"ש ולפ"ז בנידון שלנו דהחלוצה אכלה שנים רבות על שולחנו וגם אחר החליצה תאכל לפי תשו' מ"ב היה מקום להחמיר:

אך יש לחלק מתרי טעמא, חדא התם החמיר המ"ב משום שעתה החלוצה נשאת לאיש ובא"א צריכין להחמיר יותר כמבואר ברא"ש ור"ן בכתובות דף כ"ח דבנשאת לאחר אסורה לדור בשכונה דגדולה מצוי לדעת הרא"ש והר"ן שחולקים על תוס' שם והכי פסקינן, לפ"ז התם דכבר נשאת החלוצה והיא א"א החמיר המ"ב אם היה אוכלת על שולחן אחד עם החולץ אבל בנידון דידן דהחלוצה היא פנוי' יש לאמר דלא מחמרינן כולי האי דמה שאכלה אצלו מקודם ומה שתאכל אצלו אינו משום חבה ואהבה כ"א משום שבעלה היה שותף בכל עסקים והיו להם כיס אחד ועדיין כל אשר לה בידו ואין ביכלתו ליתן לה כתובתה ומה שמגיע לה לכן הולך להאכיל אותה על שולחנו ולא משום דגייסי בפרט לפי מה שכ' הר"ן בכתובות כ"ח דברי הירושלמי בפרק הזורק שממנו הוציא הרשב"א דינו דרק גרושה שנשאת לאיש אסורה לדור בשכנו אבל כל זמן שהיא פנוי' מותרת לדור עמו אפילו בשכנו לפ"ז כהי דהירושלמי משוה חלוצה לארוסה והלא בארוסה דגייסי אהדדי ואפילו בנשואה דגייסי טובא ליכא איסור רק כשנשאה לאיש וחלוצה דידן פנוי' היא ועיין ברמב"ם פ"א מה' יבום ה' י"ב דחלוצה אינה אסורה לחלוץ שלה כ"א מדברי סופרים וא"א שיבא החלוץ לאי' דאוריתא ואפילו להחולקים עליו ליכא אלא אי' עשה משא"כ באשת איש דיש לחוש שיכשל באיסור חיוב מיתה וראיתי בפרי חדש באה"ע סי' קי"ט שהשיג על פי' הר"ן בירושלמי דלפירושו ה"ל לירושלמי לאמר נשאת ולא נשאו אע"כ דהפי' בירושלמי הא דאוסרים לדור יחד דוקא אם נשאו זא"ז ונתגרשה אבל לא נשאו ונתגרשה מן האירוסין מותר לדור יחד בדלא גייסי אהדדי אבל בגייסי אהדדי י"ל אפילו בארוסה וחלוצה ועדיין פנויה אסור לדור עמהן, ולפירושו קשה לי טובא איך קאמר הירושלמי ובכהנת אפילו לא נשאו אסורין בשלמא לפי' הר"ן בכהנת אפילו פנוי' אסורה לדור במבוי משום גרושה לכהן אבל לפירושו של פ"ח למה נאסר בכהנת בארוסה היכא דלא גייסי אהדדי הלא ליכא שום סברא להחמיר בכהנת בדלא גייסי, ונראה דהנה הרמ"ך הביאו הר"ן שם חולק עם הרמב"ם לרמב"ם אסור אפילו בפנוי' לדור עמה ורמ"ך חולק דבפנוי' אין לחוש רק באשת איש ע"ש ונראה לעשות פשרה ביניהם בנשואה שהיה להם גייסות בביאה ובדבקות גמורה כיון דגייסי טובא אסורים לדור יחד אפילו בפנוי' דקרוב הדבר שיבא עליה, אבל בארוסה אף בדגייסי אהדדי מ"מ לא גייסי כמו נשואה בעי דוקא שנשאת לאיש מכל חומר א"א אסרינן אבל בפנוי' לא ורק בארוסה שביחודה דמיחדי אהדדי כאיש עם אשתו דינם כנשואה דגייסי טובא, והשתא מובן הירושלמי כפירושו של הפר"ח נתגרשה אסורה לדור בחצר בפנוי' ומחלק הירושלמי דוקא נשאו והיו גייסי טובא אסורה אפילו בפנוי', אבל לא נשאו ונתגרשה מארוסין אפילו גייסי אהדדי מותר בפנוי' ובכהן אפילו לא נשאו בגייסי אהדדי אסור אפילו בפנוי' משום חומרא דכהונה דאסור בגרושה וחלוץ וחלוצה דאינם אלא כארוסין אפילו גייסי אהדדי מותרים בפנוי' לפ"ז בנידון דידן דהיא פנוי' אין צריכין להחמיר:

ועוד שנית דכל התשובות קאי היכא דחלץ אותה אי מותרים לדור יחדיו, אבל בנידון דידן שהיבם אומר שאם לא תהיה רשאי לדור בביתו ולאכול על שולחנו לא יחלוץ יש לאמר דאם נחמיר הוה חומרא דאתי' לידי קולא דעי"ז תתבטל מצות חליצה ובכה"ג לא החמירו ואע"ג דכ' החכם צבי סי' א' דאם תרצה להשאר עגונה והחלוץ אינו מקפיד אין כופין לחלוץ הייכו שאין כופין כמו בשאר מצות עשה שכופין אבל מצוה איכא לחלוץ כמו שמוכח הרמב"ם במנין מצות שלו עשה רי"ז חליצה למ"ע וכן הסמ"ג עשה כ"ב כ' מ"ע מה"ת לחלוץ אם אינו רוצה ליבם:

שלישית מליסנא דתשו' רשב"א נראה דרפוי רפי' בידיה מדכתיב משמע כמי לכאורה מהירושלמי כמו שדייק מדבריו מהר"ם פדוי תשו' י"ז, ונראה מלבד מה שדחו גדולי האחרונים ראיית הרשב"א מהירושלמי יש עוד לדחות ראיתו, דהך ברייתא שמביא הירושלמי בפ' הזורק תני' באבל רבתי סוף פרק ב' ושם נשנית הך ברייתא בשם בית שמאי ע"ש ונראה די"ל ב"ש לשיטתו דבנדרים דף ע"ד פליגי ר"א ור' יהושע ור"ע לר"א יבם יכול להפר נדר יבמתו דסובר יש זיקה ויבמה הוה כארוסה ור"י ג"כ סובר יש זיקה רק דמחלק בין יבם אחד לב' יבמין דהיכא דאיכא ב' יבמין לא הוה כארוסה ור' עקיבא סובר אין זיקה אפילו ביבם אחד דיבמה לא הוה כארוסה כמו שפירש הר"ן שם, וידוע דר"א הוא מתלמידי דב"ש וסובר כותיה לפ"ז י"ל הך ברייתא דנשנית בשם ב"ש והוא סובר יש זיקה לכן משוה חלוצה לארוסה אבל לדינא דקי"ל כר"ע כמבואר ברמב"ם בפי"א מה' נדרים ה' כ"ג והרמב"ן והר"ן והרא"ש שהביאו הכ"מ שם והש"ע בי"ד סי' רל"ד סעי' ז' דיבמה לא הוה כארוסה ואינו יכול להפר ה"נ חלוצה לא הוה כארוסה דאעפ"י דבארוסה אי גייסי אהדדי אסורים לדור

יחד בחלולה מותרים אף בדגייסי אהדדי בפרט היכא דאיכא הרבה אחין דאפילו לר' יהושע דקובר יש זיקה מודה בב' אחין דלא הוה כארוסה, וי"ל ברייתא דאבל רבתי ובריי' דירושלמי רק ביבם א' אבל בכ"ד דאיכא ב' אחין לא דמי' לארוסה ומותר אפי' בדגייסי אהדדי:

וראיתי בתשו' כב"י ח"ב באה"ע סי' קכ"ז שמביא בשם בה"ר שבע דיש קבלה לאמר דחלולה גרעה משאר גרושה ומקפיד בהגה שם כיון דגרשה ודאי לא מלאה חן בעיניו ואין לחוש כל כך שיהי' לבו גם בה אבל בחלולה שלא חלץ מתוך שנאה יש לחוש ע"ש ולא נראה קבלה זו הלא בארוסה ובנשואה מחמת אהבה וחבה בחר בה לארוס אותה ולנשאה רק מחמת כעס שהיה לו עמה או מחמת קטטה זרק לה גט ויש לחוש כשנח מרוגזו תחזור אהבתו הראשונה למקומה מים רבים לא יוכלו לכבות את האהבה ונהרות לא ישטפוה אבל בחלולה בזמן הזה דלא עלה מעולם בדעתם לקרב עצמם כ"א להפריד הקשר שבא ע"י האח שמת ומעולם לא היה ביניהם אהבה ואין כאן גייסות אף שדרה בביתו ואכלה על שולחנו, וכי אם אחד מגדל יתומה בתוך ביתו והשיאה לאיש תהיה אסורה לדור בבית המגדל אותה ולאכול על שולחנו, וע"ש בהגה מבן המחבר שכ' ולדינא אינו אסור בחלוץ כי אם שידעינן שלבו גם בה אבל בסתמא לא חיישינן ע"ש לפ"ז בנידן דידן מלבד שהדירה והמזון שנתן ליבמתו הוא מחמת שחייב ליתן לה ולא נודע שום קרבות ולא שום אהבה שבעולם ובעת שמת בעלה כבר היתה זקנה אין לחוש כלל:

רביעית הנה הר"ן בכתובות כ"ח אוסר לגרושה פנויה לדור בחצר אחד עם המגרש אא"כ יהיו נזהרים שיהיו אחרים עמהם ע"ש וכן נראה דעת רש"י דהסמ"ג לאוין קכ"ו כתב לרש"י דפי' כל אלה בכהן אין לנו ראי' בישראל שיאסר לדור עמו בחצר אחד ע"ש והפרי חדש הוכיח מרש"י בכתובות כ"ח ד"ה לא תדור ודכ' אבל ישראל כל זמן שלא ניסת תדור בשכונתו ומשמע דבחצר אסור גם בישראל כנגד הסמ"ג ע"ש אך עיין ברש"י שם דף כ"ז ע"ב ד"ה בגרושה שכ' כהן שגירש את אשתו מהו לדור עמו בחצר מוכח כהסמ"ג דלרש"י בישראל אפילו בחצר מותר ודברי רש"י נראים כסותרים, אך לפי מה שכ' הר"ן ניחא דגרושה מישראל אסורה בחצר ומותרת אם אחרים עמהם בחצר לכן בבעי דאביי דמספקא ליה אי בגרושה ג"כ מותר ע"י אחרים בחצר אחד פירש רש"י כהן שגירש דגרושת ישראל ודאי מותרת ע"י אחרים, ולקמן דף כ"ח דמשמע מרש"י דבחצר אסור בגרושת ישראל היינו בדליכא אחרים, לפ"ז בנידן דידן החלוץ יש לו אשה ובנים הרבה שהם תמיד ביום ובלילה אצלו בבית וכיון שאחרים עמהם יש לאמר דמותר וגם כשאוכלת על שולחנו כל בני ביתו אוכלים שם ומבואר בתשו' משאת בנימין דרק בזמן הגמרא שאכלו על שלחנות קטנות יש קירוב ביניהם כשאוכלים יחד על שולחן קטן אחד אבל עתה שאוכלים כל בני בית על שולחן גדול אין לחוש, לכן מכל הלין טעמים פסקתי שיחלוץ לה היבם והיא תשאר בבית החלוץ כבראשונה:

סימן קנ"ח

סעיף ג' נאמן עד א' להעיד ליבמה ובהג"ה מביא י"א דאין עד א' נאמן להתיר יבמה לשוק ע"ש הנה לדעת המחבר הוא שיטת הרי"ף ביבמות דף ל"ד והרמב"ם פי"ג מה' יבום ה' ד' והרשב"א והריטב"א ובעל המאור ומלחמת ה' שם כולם סוברים דעד א' נאמן להתיר יבמה לשוק, ועיין בדרכי משה כאן אות א' שמביא עוד כמה תשובות ראשונים ואחרונים שפוסקים כן ואיך הוסיף כאן בהג"ה לדעת הרא"ש נגד כל הני רבוותא דסובר אין ע"א נאמן להתיר יבמה לשוק, ואי משום דר' ירוחם בנתיב כ"ה ח"ג כתב שרוב הפוסקים סוברים כרא"ש וכן הרמ"ה סובר כותיה, הלא בב"י כאן מביא דברי ר' ירוחם ותמה עליו הלא רוב מנין ורוב בנין מסכימים דעד א' נאמן ע"ש והנה הב"י ח"א באה"ע סי' ל"ג כ' דכל הראשונים שהביא המרדכי בפ' מצות חליצה סי' כ"ט הלא המה בעל התרומה וריב"ק וריב"ס ורבנו ברוך ומהר"ם ור"ת ור"י ורבנו יואל כולם סוברים כהרא"ש דאין עד א' נאמן לכן הוצרכו לב' עדים כשרים להעיד על שנות היבם והיבמה ע"ש לפי דבריו שפיר כ' ר' ירוחם דרוב פוסקים סוברים כרא"ש ורמ"ה דהא במרדכי הם חבל נביאים שמנה במספר שסוברים כהרא"ש, אך עיין במרדכי שם שכולם נותנים הטעם דחליצה הוה דבר שבערוה ואין דבר שבערוה פחות משנים ע"ש לפ"ז יש לאמר דסוברים כהרי"ף דע"א נאמן דכמו שהקילו חז"ל בדבר ערוה להאמין עד א' על מיתת הבעל להתיר אשת איש לעלמא משום עגונה ומשום דדייקא ומנסבא ה"נ הקילו להתיר יבמה לשוק ע"י ע"א משום עיגון ומשום דדייקא, אבל להעיד על שני יבם ויבמה אם הגיעו לגדלות דאין לחוש לעיגון דיכולה להמתין עד שנדע בבירור שהגיעו לשני גדלות הניחו חז"ל על דין תורה דבעי ב' עדים כשרים ושפיר השיג הב"י על ר' ירוחם, ועפ"י דברי ראשונים שבמרדכי דיבמה לשוק הוה דבר שבערוה יש ליישב מה דקשה לי טובא ביבמות דף ל"ג ע"ב באיכא דאמרי פירשו רש"י ותוס' דהאיבעי' שם בתרתי אי ע"א נאמן לאמר מת יבמה או מת בעלה ואא"כ מה בכה ע"ש וק' בשלמא במת יבמה שפיר מספקי' דע"א מעיד נגד חזקת איסור דעד עתה היתה זקוקה ליבם, אבל בהלך בעלה ובאו למדה"י דהיתה עד עתה בחזקת היתר לשוק ועד א' שמת הבעל ואא"כ

ואח"כ הבן ועדיין נשארה בחזקת היתר לשוק הלא ביבמות פ"ח מספקינן רק אי ע"א נאמן באתחזק אבל בלא אתחזק ודאי ע"א נאמן, שנית ק' איך פשט שם ר' ששת ממתניתן דמשם מוכח דע"א נאמן באומר מת בעלך ואח"כ בנך, הלא יש לומר דשם נאמן משום דחזקת היתר לשוק מסייע' לו לע"א אבל שיהי' עד אחד נאמן לומר מת יבם להתירה נגד חזקת איסור שהיא זקוקה ליבם מנין לנו, ועיין בנמוקי יוסף שם שפירש האיבעי' רק ביש לו בן וע"א אומר שמת בעלה ואח"כ בנה ע"ש לפ"ז שפיר פשט ר' ששת אבל לפי רש"י ותוס' קשה, ולמרדכי וכל הראשונים שם דיבמה לשוק הוה דבר שבערוה ניחא דשפיר מספקינן דאף דע"א נאמן בכל איסורין בדלא אתחזק בדבר שבערוה בעי ב' עדים ושפיר פשט ר' ששת דכיון דע"א נאמן להתיר היבמה במת בעלך ואח"כ בנך אף דליכא נגד חזקת איסור ה"ה דנאמן להעיד מת יבמך נגד חזקת איסור דבדבר שבערוה אין חילוק בכל אופן בעי ב' עדים וע"כ דהקילו חז"ל משום עגונה וה"ה נגד חזקה ע"א נאמן, אך עדיין קשה לי לפי מה שכ' הר"ן בקדושין דף ס"ג ע"ב באומר אני קדשתיה דרק באתחזק איסורא בעי בדבר ערוה ב' עדים אבל בלא אתחזק איסור אף בדבר ערוה ע"א נאמן ק' לי עדיין מה שהקשתי לעיל ותירוצי ליתא, ונראה דהר"ן מפרש כבעל המאור שם דמפרש האיבעי בעד א' שאומר שניתן לו בן במדה"י ומת הבעל ואח"כ הבן דהיתה בשעת הלוך בעלה למדה"י בחזקת איסור לשוק ור' ששת פשט ממשנה דומי' דרישא במת בן ואח"כ הבעל דהוה נגד חזקת היתר ה"ה דנאמן להתיר אף נגד חזקת איסור משום עיגון ומשום דייקא אך המלחמת שם מדחה פירושו של המאור בשתי ידים דהלא במשנה תנן בהדי' אשה שהלך בעלה ובנה למדה"י וע"ז קאי כל מה דתנן אח"כ ע"ש ועיין בתשו' רשב"א סי' אל"ף רכ"ב שכ' כגון שהלך בעלה ובנה למדה"י ובא ע"א ואמר הבעל מת ראשון ואח"כ הבן שנאמן כדפשטו ר' ששת ורבא אעפ"י שהיא עצמה אינה נאמנת ע"ש ודבריו תמוהים הלא בכה"ג תנן במשנה ביבמות קי"ח דהיא נאמנת ע"ש ואין לאמר שיש שם טעות סופר דשם בסוף התשובה כפל דבריו עוד הפעם בדהוה לה בן היא אינה נאמנת לאמר מת הבעל ואח"כ הבן ועד אחד נאמן ע"ש וצ"ע:

סימן קנ"ט

סעיף א' הזקוקה ליבם שנתקדשה לאחד בשוגג ואם היה יבמה כהן תצא מהזר בגט שלא יהי' חוטא נשכר, עיין ברש"י ביבמות ל"ב ע"ב ד"ה אם היה שפירש דנשאת לשוק בע"א או בב' עדים ע"ש לפירושו בנשואה איירי אין להוכיח משם בנתקדשה שצריך המקדש לגרשה ביבם כהן שלא יהי' חוטא נשכר דיש לאמר רק בנשאת שבא עליה צריך לגרשה אבל בנתקדשה ולא נשאה י"ל א"צ לגרשה, אך דברי רש"י תמוהים לי שכ' כיון דאמר שמואל דבעי גט וכיון דיהב לה גיטא מפסלא על היבם שהוא כהן משום גרושה ע"ש הלא בש"ע כאן סעי' ג' מבואר שאם זינתה פסולה ליבם כהן דנבעלה לפסול לה וכ"כ ר' ירוחם הביאו הב"י כאן והב"ח והפרישה והלבוש וכיון דנשאת ונבעלה אף לרב דא"צ גט אסורה לכהן משום זונה שנבעלה לפסול לה ולא משום גרושה והא דאמר ר' אסי השתא דאתמר כשמואל הלא לרב ג"כ אסורה לכהן ומוכח דלא כפי' רש"י כ"א כפי' ר"ת שהביאו תוס' וככל ראשונים שפירשו דר' אסי בנתקדשה איירי ורק לשמואל דצריכה גט אסורה לכהן ולא לרב ומוכח דגם בנתקדשה אמרינן שלא יהי' חוטא נשכר, ועוד יש לעיין על רש"י דעיין ביבמות דף כ"ז דפליגי שם רב ושמואל רב סובר יש חופה לפסולות ושמואל סובר אין חופה לפסולות וע"ש בתוס' שכתבו לרש"י אף בחופה שאחר קדושין ליכא חופה ולר"ת שם כתבו לשמואל בחופה שאחר קדושין אם נתארמלה אח"כ הוה כנתארמלה מן האירוסין ולא מן הנשואין ע"ש וכיון דהכא לשמואל קיימינן מאי נשואין יש ביבמה לשוק בשלמא ר' גידל דאמר בשם רב שפיר אמר נשואין יש בה דלרב יש חופה לפסולות, ויש לחלק שמואל במזיד איירי שידעה שאסורה ונשאת משא"כ הכא דנשאת בעדים ובשוגג, גם יש לאמר דוקא באלמנה לכה"ג או גרושה לכהן הדיוט דאי אפשר שתהי' מותרת להם משא"כ ביבמה לשוק אם היבם רוצה לחלוץ מותרת לכ"ע גם שמואל מודה דיש חופה, אך קושיתי הראשונה על רש"י עדיין קשה ומוכח כמו שפירשו הראשונים וכפסק הש"ע כאן, והנה לרש"י שפירש דר' אסי בנשואין איירי ואפ"ה מתיר אותה ליבם עכצ"ל דר' אסי חולק על לישנא בתרא דר' גידל דאוסר בנשואין ליבם משום דמחלפא באשת איש ולר' אסי לא חיישינן למחלפא והיה לן לפסוק כר' אסי דבתרא הוא, אבל לכל הראשונים איירי ר' אסי בנתקדשה אבל בנשאת מודה ללישנא בתרא דר' גידל דאסורה לשניהם משום דמחלפא כמבואר בש"ע כאן סעיף ב':

שם סעיף ב' נשאת לזר אפילו בשוגג מוציאה בגט ואפילו היה לו בנים, עיין ברי"ף ביבמות ל"ב שמביא בשם ר' יודא גאון שמחלק ביש לה בנים לא תצא שלא להוציא לעז על הבנים, והרי"ף תמה עליו מנין לו לחלק ע"ש ונראה עיין ברש"י יבמות מ"ט דסובר דלרב דאין קדושין תופסין ביבמה הולד ממזר ולשמואל דקדושין תופסין אין הולד ממזר לפ"ז לרב אין לחלק בין יש לה בנים או אין לה שלא להוציא לעז על הבנים הלא באמת הבנים ממזרים ואין כאן לעז ורק לשמואל דהולד כשר יש לחוש

ללעז

ללעז שלא להוציא לעז על הבנים, לפ"ז יש לאמר ר' יודא גאון סובר בזה כרש"י והוכיח חלוקו מלישנא קמא דמתרצינן ביבמות ל"ב דר"ג אמר רב אמר קדושין ונשואין בה ע"ש וקשה מאי אשמעינן בזה הלא זה פשיטא הלא המקשן תמה שם בפשיטות כיון דקדושין אין בה נשואין נמי אין בה, ולפי חלוקו אשמעינן רב דנשואין אין בה ובכל אופן תלא אף ביש לה בנים דלרב דהולד ממזר אין לחוש ללעז בנים ולדינא דקי"ל כשמואל דאין הולד ממזר חיישינן ללעז בנים ולא תלא בנשאת אם יש לה בנים, ויש להסביר שיטת רש"י דלא כתוס' שם ביבמות דחולקים על רש"י דגם לרב אין הולד ממזר, דעיין ברש"י ביבמות כ"ח ע"ב ד"ה שומרת יבם שכתב והא דבעי קדמה שכיבת בעל לבועל הא קדמה שכיבת בעל הראשון שהוא בא מכחו עש"ה מבואר דעדיין לא פסקה האישות מבעל ראשון והיבם בא מכח האישות של בעל ראשון ולכן אין קדושין תופסין ביבמה דעדיין הוה כאשת איש וכמו דבא"א הולד ממזר ה"נ כאן ושמואל דסובר קדושין תופסין ביבמה סובר דאישות של ראשון פסקה והולד כשר, לפ"ז יש מקום לתרץ קושי' תוס' ביבמות ל"ב ע"ב שהקשו מגיטין דף פ' דהתם מוקמינן המשנה כרבנן ואף לרבנן הולד ממזר דסוגי' דהתם אזלה כרב ולרב גם לרבנן הולד ממזר אבל כאן דאמר אמימר דהלכתא כשמואל לרבנן הולד כשר ומוקמינן מתניתן רק כר"ע, ולשיטת ר"ת דחולק על רש"י וסובר דלר"ע הולד כשר יש להקשות מאי מקשינן ביבמות ל"ב ע"א על חכמים דר"ע שאמרו אין ממזר ביבמה למה לא אמרו אין ממזר בחייבי לאוין הא י"ל דנקטו יבמה לרבותא דאף דאין קדושין תופסין ביבמה ליכא ממזר ומכ"ש בחייבי לאוין דקדושין תופסין, ולפמ"ש ניחא דהסוגי' קאי לשמואל דקדושין תופסין ביבמה, והנה תוס' הוכיחו מכח קושיתם מגיטין דגם לרבנן הולד ממזר מדרבנן ומתניתן דיבמות ע"כ בממזר דאורייתא ע"ש וכל הראשונים חולקים על תוס' בזה דהולד כשר לרבנן ולדבריהם קשה לי קושי' תוס' שם ד"ה ואמרו שהקשו דאין לפרש אחרון מיבם דע"כ בממזר דאורייתא איירי ומיבם לא הוה דאורייתא ע"ש ולהראשונים שפיר יש לאמר אחרון מיבם וממזר מדרבנן וע"ש במתניתן האחרון אינו ממזר, יש לעיין הלא מוקמינן מתניתן כר"ע דיש ממזר מחייבי לאוין וכמו דאסורה לבעל אסורה לבועל ואמאי אין הולד ממזר אחר מיתת הבעל ול"ל דהוה כאנוסה כיון שנשאת בעדים כמו שכ' רש"י בגיטין דף פ' ע"ב ד"ה דמחלפה וכן כ' בחידושי ר"ן שם:

שם סעיף ג' שומרת יבם שזינתה, אם זינתה עם נכרי ונתעברה נשאלתי על זה, ונראה עיין בלבוש שכ' דהפוסקים סוברים דאפילו בלא גט יכול היבם לחלוץ, אך הוא סובר דצריכין נגרש קודם דאם אינו מגרש אי אפשר שיחלוץ היבם ליבם ואם אינה עולה ליבום אינה עולה לחליצה ע"ש ועיין בבית מאיר שכתב דמדברי הפוסקים הרא"ש והטור והריב"ש סי' תפ"ב והתה"ד סי' רכ"ב ומהרמ"א כאן מוכח דא"צ גט ע"ש ומצאתי בספר הישר לר"ת סוף מס' יבמות סי' כ"ג שכ' ביבמה שנתקדשה לאחר אם היבם רוצה לחלוץ אינה צריכה גט מהמקדש ע"ש מבואר בהדי' דלא כהלבוש ועיין בתשו' שב יעקב סי' ל"א שכ' כיון דבידינו לכופו לגרש הוה היבמה ראוי ליבום ע"ש ואמ"ו בח"ס אה"ע ח"ב סי' ע"ט מסכים עם תירוצו של השב יעקב דרק מהאי טעמא א"צ לגרש כיון דבידינו לכוף להמקדש שיגרש אותה הוה ראוי ליבום והוכיח מתוס' יבמות דף ע"ז ד"ה בת גרה ע"ש לפ"ז בנידון השאלה ביבמה שזינתה עם נכרי ונתעברה ממנו אם יש להתיר ליבם שיחלוץ לה בימי עיבורה או בימי הנקה בתוך כ"ד חודש כיון דאסרו חז"ל מעוברת ומניקת חברו בתוך כ"ד חודש הוה אינה ראוי ליבום ואינה ראוי לחליצה הנה מטעם שאינה ראוי להתעבר כל זמן שהיא מעוברת ולא שייך גבה להקים לאחיו שם דבשעת העיבור לא תוכל להתעבר עוד הפעם אין לאסרה ליבום, דהא ביבום די בהערא' בעלמא ואין אשה מתעברת כי אם ע"י גמר ביאה כמבואר בקדושין דף יוד וביבמות דף כ' אמרינן ביבמה מן האירוסין דדי בביאה ראשונה והלא אין אשה מתעברת מביאה ראשונה אע"כ דרק סרים ואיילונית שמצד טבעם אינם ראוים להקים לאחיהם שם אינם ביבום אבל אם היבם והיבמה ראוים להקמת שם א"צ שתהיה הביאה של יבום ראוי להקמת שם, ואין לדמות לפלוגתא דר' יוחנן ור"ל ביבמות ל"ה בהכונס מעוברת דלר"י החליצה כשרה ולר"ל פסולה וקי"ל שם כר"ל דשם בשעת מיתת בעלה אסורה ליבם מה"ת דשמא תלד ולד ש"ק ויש כאן בנים לבעל ואסורה ליבם בא"י כרת, אבל בנידן דידן מותרת מן התורה ליבם דבשעת מיתת בעלה לא היתה מעוברת רק שזנתה אח"כ עם נכרי ונתעברה ורק מדרבנן אסורה לנשא עד כ"ד חודש יש לאמר כיון דמה"ת מותרת ליבום חולצין, ויש להביא ראי' לזה הלא כל יבמה אסרו חז"ל ליבם בג' חדשים אחר מיתת בעלה משום הבחנה והוה בשעת נפילה אינה ראוי ליבום ואינה ראוי לחליצה אע"כ כיון דרק מדרבנן אסורה הוה ראוי ליבום, אך אף דבכל נשים שמתו בעליהן אינן אסורין לינשא תוך ג"ח כ"א מדרבנן, אבל ביבמה איכא איסור דאורייתא ליבם תוך ג"ח דהוה ספק איסור כרת שמא מעוברת ואסורה בכרת לאחי המת ובשעת נפילה ליבום אינה ראוי ליבום מה"ת ורק מטעם אחר כשרה לחליצה מצד מ"מ, אם נתעברה בולד ש"ק באמת אינה צריכה חליצה ואם לא נתעברה איגלאי מלתא למפרע שהיתה ראוי ליבום מיד בשעת מיתת בעלה, ואף לר"ל

לר"ל שם דלית ליה איגלאי מלתא למפרע לחד תירץ שם ביבמות ל"ה היינו שלא קיים מלות יבום בביאת מעוברת דביאה מעוברת לא שמה ביאה אף אם העובר נפל הוא אבל היבם שבעל לא עבר איסור כרת כמבואר במשנה שם שפטור מקרבן אם נתברר שהי' נפל וע"ש בתוס' ד"ה תיגלי מלתא דכתבו בשם ר"י דלא מחייב מידי ע"ש עד שאני תמה על תוס' שם שהקשו מקידש אחת משתי אחיות דאם יבא אליה ע"ש בשלמא התם מהני גילוי אליהו אבל הכא רק לר' יוחנן מהני דסובר ביאת מעוברת שמה ביאה אבל לר"ל בכל אופן לא הוה ביאה כמבואר שם שהק' ר"ל על ר' יוחנן בהפילה הלא לריך לבא עליה אח"כ דביאה מעוברת לא היתה ביאה ומאי איגלאי מלתא למפרע שייך כאן ואפילו יבא אלי' ויאמר שתפיל לא הוה ביאה כל זמן שהיא מעוברת עד שאני תמה ממה שכתבתי למעלה דשייך במעוברת להקים לאחיו שם דלדעתי בזה פליגי ר"י ור"ל ר' יוחנן סובר דשייך במעוברת להקים לאחיו שם והוה ביאה כמו שכתבתי לעיל, אבל ר"ל סובר כיון דהיא מעוברת הוה היא בשעת עבורה אינה ראוי להקמת שם, משא"כ בהערלה או בביאה ראשונה שניהם ראוים להקמת שם, ור' יוחנן סובר כיון שתהי' ראוי אחר שתלד לא דמי לאיילנית או לסרים שלא יהיו ראוים לעולם להקמת שם, ואכן קי"ל כר"ל ואינה ראוי להקמת שם בשעת עבורה ואינה עומדת לחליצה בשעת עיבורה, ועדיין יש לנו לדון בנידן דידן אחר שתלד ותהי' מנקת חברו דאסורה בתוך כ"ד חודש מדרבנן לנשא כיון דאז הוה ביאה אי נקראת ראוי ליבום וראוי לחליצה, ויש להביא ראי' ממ"ע אה"ע סי' קע"ד סעי' א' יבמה שאסורה ליבם בלאו או בעשה או בלאי' שניות מדרבנן היא חוללת ולא מתיבמת ע"ש מבואר דחוללת וע"ש בב"ש שכ' דמה"ת עשה דיבום דוחה לל"ת רק שגזרו חז"ל ביאה ראשונה אטו ביאה שני' והוה ראוי ליבום מה"ת לכן חוללין ע"ש לפ"ז בנידן דידן נמי חוללין בתוך כ"ד חודש, ואף דיש לחלק התם תשאר לעולם באיסור ליבם משא"כ כאן הלא אחר כ"ד חודש מהלידה תהיה מותרת לגמרי ואפשר להמתין, הלא ביבמות דף ל"ט אמרינן כל שיהוי מלוה לא משהינן, גם אפשר לאמר דכאן אף איסור דרבנן ליכא ליבם דהא עשה דוחה ל"ת ואי דאפשר לקיים שניהם דיכולים להמתין עד אחר כ"ד חודש הלא הרמב"ן והרשב"א בשבת דף כ"ד כתבו דאף דאפשר דרק אם אפשר לקיים שניהם מיד נקרא אפשר לקיים שניהם אבל אם לריכין להמתין ליום מחר לא ע"ש מכ"ש בכ"ד דהי' לריכין להמתין כ"ד חודש, ואין כאן אלא משום גזרה ביאה ראשונה אטו ביאה שני' יש לאמר דוקא באיסור לאו או בלאי' עשה דאיכא אי' דאוריתא גזרינן אבל במניקת חברו דליכא אלא אי' דרבנן לא גזרינן אך הלא בש"ע אה"ע סי' קע"ד שהבאתי מבואר דגם בלאי' שניות אין מיבמין דלא פלוג, אך עדיין יש לאמר דמותרת ליבום, דעיין בש"ע אה"ע סי' י"ג סעי' י"א מבואר ברמ"א שם דיש מקילין במזנה במיניקת שמותרת לעלמא ע"ש ובכ"ד שזינתה אף איסור דרבנן ליכא, גם עיין בתשו' כב"י. ח"ב סי' ל"א שמחדש שם שאם זנתה עם נכרי מותרת דרק מניקת חברו אסרו חז"ל מישראל ולא מנכרי. לכן נראה שבשעת עבורה לא תחלוץ אבל בימי הנקה בתוך כ"ד תחלוץ:

ואחר שכתבתי זאת האיר ה' עיני וראיתי ברשב"א ריש יבמות שכ' דאם אחד מגרש את אשתו על מנת שלא תנשא לשמעון והלכה ונשאת לאחי שמעון ומת ראובן בלא בנים אף שאסורה לשמעון דאם ייבם אותה בטל הגט ונעשה אשת איש בכל זאת יחלוץ לה שמעון ולא אמרינן כיון דאינה אינה עומדת ליבום אינה עומדת לחליצה דרק אם התורה אסרה ליבם אבל אם האיסור בא ע"י תנאי שהתנה המגרש לא נקרא אינה ראוי ליבום כמו שמחלק הירושלמי בגיטין ריש פרק המגרש ומביא ראי' לדבריו מיבמות ק"א ע"ב דתנן שם אם נדרה הנאה מיבמה כופין אותו לחלוץ והלא אינה עומדת ליבום אע"כ משום דהאיסור לא בא מה"ת כ"א ע"י נדר שנדרה היבמה לא נקראת אינה עומדת ליבום והוה חליצה כשרה עש"ה והנה על ראיתו של רשב"א מנדרה הנאה מיבמה קשה לי לפי שיטות הרשב"א בנדרים דף ע"ו ע"ב שכ' שם הרשב"א מי שנודר מהנאת תשמיש מאשה כיון שמלווה על פרי' ורבי' הלא מלוה לנו להנות כיתנה. ואין כאן איסור ותירץ הלא יכול לקיים מלות פרי' ורבי' באחרת ואם נדר מכל נשים שבעולם באמת מותר לו לבעול לקיים מ"ע דפ"ו דמלוה לאו להנות וע"ש בר"ן שמביא דברי הרשב"א וחולק עליו דרק בדליכא הנאת הגוף רק הנאת קיום מלוה אמרינן הנאת קיום מלוה לאו הנאה היא אבל בדאיכא גם הנאת הגוף ודאי הנאה הוה ע"ש ולרשב"א אמאי אמרינן ביבמות ק"א דאם היבמה נדרה הנאה מיבם שכופין אותו לחלוץ ואינו רשאי ליבם אותה למה לא נימא מלוה לאו להנות ניתנה דהא יש כאן מ"ע דיבום ואי משום דאפשר לחלוץ הוה אפשר לקיים המלוה ע"י חליצה הלא הרשב"א ריש יבמות שם כתב דחליצה במקום יבום לאו כלום היא ומביא ראי' מיבמות דף כ' דמקשינן שם בשלמנה לכה"ג מן הארוסין ניתא עשה דוחה ל"ת והלא אפשר בחליצה ע"ש והנה מלד עשה דוחה ל"ת אין להקשות אמאי כופין לחלוץ ניתא עשה דיבום ידחה לל"ת דנדר דלא יחל דברו כבר כתבו הראשונים בנדרים ע"ו דעשה דפרי' ורבי' אינו דוחה לל"ת דנדר, דבנדר הוה עשה ול"ת לא יחל דברו וכל היולא מפיו יעשה אך לרשב"א קשה ניתא מלוה לאו להנות ניתנה, וע"כ לריכין לתרץ כתירץ הגמ' ביבמות כ' דגזרי' ביאה ראשונה אטו ביאה

שני'

שני' דביאה שני' ליכא עוד מלוה ולא שייך עוד מלוה לאו להנות לכן אסור ליבם ולפ"ז קשה מאי ראי' מביא הרשב"א משם הלא שם מותר מה"ת ליבם דמלוה לאו להנות ניתנה וראוי ליבם מה"ת ורק מדרבנן אסור משום גזרה וכיון דמה"ת מותר ביבום יש לאמר מה"ט דהוה ראוי ליבום ולכן חולץ היבם, ומכין לו לרשב"א בנתגרשה ע"מ שלא תנשא לשמעון דאסורה מה"ת לשמעון דע"י היבום יתבטל התנאי והגט והוה אשת איש דהוה ראוי ליבום ול"ע וכל זה לשיטת הרשב"א, אבל לשיטת הר"ן בנדרים ט"ו דהיכא דאיכא הנאת הגוף לא אמרינן מלוה לאו להנות מוכח שפיר מיבמות קי"א דאם בא האיסור ע"י אדם נקראת ראוי ליבום וכן מוכח מהירושלמי ר"פ המגרש לפ"ז בנידן דידן כשזנתה אחר מיתת בעלה ונתעברה אף דביאה מעוברת לא שמה ביאה כיון דרק ע"י היבמה באה המניעה ע"י שזנתה עדיין נקראת ראוי לביאה ויכולים לחלוץ לה בשעת עיבורה ולא דמי ליבמות ל"ה דאם נתעברה מבעלה ומת דאמר ר"ל דחליצה מעוברת לאו חליצה דכיון דמעוברת בשעת מיתת בעלה אינה זקוקה לאחי המת עד שתפיל:

שם סעיף ה' בהג"ה ואפילו ספק אם זקוקה לו או לא אזלינן לחומרא, עיין בב"ש ס"ק י"א שכ' שהד"מ כ' אפשר ה"ה אם לא חלץ נמי הדין כן ועפ"י הדברים האלה כ' כאן הג"ה זו ע"ש ויש להקשות על הד"מ איך מספקא ליה בזה הלא ביבמות כ"ג ע"ב במשנה שם מי שקידש אחת מב' אחיות ואינו יודע איזה קידש כשמת ולו אח אחד חולץ לשתיהן וע"ש בפי' רש"י שכ' ויבומי בכישא נמי לא דדלמא לא זו היא יבמתו וקא פגע באחות זקוקתו דהוה כאשתו ע"ש מבואר דבספק זקוקה אסור ליבם אחותה אף דרוצה לקיים עשה דיבום ומכ"ש דאסור לקדש אחות ספק זקוקתו ואיך כ' הד"מ ואפשר ומסופק בדבר, נראה לפמ"ש תוס' שם ד"ה קדמו וכנסו דוקא בספק אין מוציאין אבל בודאי מוציאין אף לרבנן דריב"ב דסברו אם קידש אחות יבמתו דא"צ להמתין ויכול לכנסה התם בקידשה תחלה ע"י הקדושין פקעה הזיקה אבל ביבום דקנאה בביאה ובעל באיסור ודאי מוציאין ע"ש לפ"ז יש לאמר אף דאסור ליבם אחות ספק זקוקה דאפשר דביאה הוה באיסור אבל לקדש אחות ספק זקוקה י"ל דמותר דע"י הקדושין פקעה הזיקה ולכן כ' הד"מ ואפשר דאסור לקדש, ולולי פירש רש"י שם אפשר לאמר עפ"י מה דסובר רב ביבמות י"ז ע"ב דמתה יבמתו מותר באמה אבל מחיים לא משום דמבטל מלות יבום ע"ש ה"נ אי מיבם בכישא דשמא אחותה הוה היבמה וע"י שנושא אחותה מבטל מלות יבום וחליצה ביבמה דשוב אינה עומדת לא ליבום ולא לחליצה ע"י שנשא אחותה לכן יחלוץ לשתיהן אבל מטעם אחות זקוקה יש לאמר דבספק זקוקה מותרת דהוה ספקא דרבנן כמבואר ברמב"ם פ"א מה' יבום ה' י"ג שכ' אם מתה יבמתו אסור בקרובותיה וכל האיסורין האלו מדבריהם ע"ש וכן כ' הש"ג ביבמות י"ז בשם ריא"ז דזיקה אינה אלא מדרבנן ורא' לדבריהם דבלא"ה קשה טובא דשם י"ח מתרצינן על ר' יודא אי אמר הכי דיש זיקה סד"א מחיים אבל לאחר מיתה פקעה הזיקה קמ"ל ע"ש וקשה עיין רש"י דף י"ז ע"ב ד"ה אין זיקה דלא אלימא הזיקה למהוה ארוסה לאסור אמה עליו משום חמותו ע"ש ונראה מזה דאי יש זיקה הוה זקוקה כארוסה וכ"כ הנמ"י שם דאי יש זיקה הוה כאלו קידשה היבם והוה כארוסה ע"ש ומאי מהני אם ע"י מיתה פקעה הזיקה הלא בארוסה שמתה דפקעו האירוסין לגמרי ואפ"ה אסור הארוס באמה מכח חמותו, אבל אי זיקה רק מדרבנן אי פקעה י"ל דמותר באמה, אך עיין בנמ"י שם שכ' אפילו לאחר מיתה אסורה אמה מדאורייתא דלא כרמב"ם וש"ג שהבאתי, אך הנמ"י סותר דבריו שם אח"כ כ' דזיקה רק מדרבנן ועכצ"ל דקאי אחמותו מאשתו דאסורה לכ"ע מדאורייתא ולא קאי אאם של יבמה דזיקה רק מדרבנן:

ועיין באהל דוד ביבמות י"ז שהקשה אי זיקה רק מדרבנן איך כ' רש"י ביבמות י"ז שם דמ"ד אין זיקה הוא ר"ע מדאמר דאפילו בחד יבם א' להפר ליבמתו הלא י"ל דגם ר"ע סובר יש זיקה מדרבנן וכיון דמה"ת אין זיקה אינו יכול להפר נדרי יבמתו שהם מדאורייתא ותירץ בשם הגאון ר' משולם דאי ר"ע סובר יש זיקה מדרבנן הלא בנשא יתומה קטנה יכול להפר אף דנשואין רק מדרבנן משום ר"פ דכל הנודרת על דעת בעלה נודרת ע"ש ודבריו תמוהים הלא בנדרים ע"ג שם רש"י רא"ש ור"ן כולם כתבו דטעמא דר"פ משום דזוכת מבעלה והוא מפרנס אותה ע"ש והלא ביבמות דף כ"ט ע"ב רק אי מאמר ארוסין עושה מתרצינן בחד תירץ בעמד בדין ופסקו לה מזונות וכיון דיבמה ליכא מזונות ואינו מפרנס אותה עדיין יש לאמר לר"ע דיש זיקה מדרבנן ומש"ה אינו יכול להפר, ונראה על קושי' אהל דוד דעיין בר"ן נדרים דף ע"ד דמספקא ליה אי האב בלבד יכול להפר בשומרת יבם ועיין ברמב"ם בפי"א מה' נדרים שפוסק דאב לחודא יכול להפר וע"ש בכ"מ שהוכיח מדלא אמרו אין היבם ואין האב יכול להפר ע"כ דלא כר"ן וקשה לי לשיטות הרמב"ם ויבמות כ"ט דמקשינן לר"א דאין מאמר קונה קנין גמור איך יכול היבם להפר בשותפות ע"ש הלא ממ"נ יכולים להפר בשותפות דאי היבם לא נחשב ע"י המאמר כארוס הלא מהני הפרת האב לחודא ובכל אופן מופר הנדר ולהר"ן ניחא דאין האב יכול להפר לחודא, ועל קושי' הכ"מ שהקשה על הר"ן עיקר קושיתו רק לר"ע דלאמר א"י להפר ה"ל לאמר אין יכולים להפר בכ"כ, אבל לר"א ולר' יהושע שם הלא היבם והאב

יכולים

יכולים להפר והנה הא דמספקא ליה לר"ן אי האב יכול להפר רק אי יש זיקה אבל אי אין זיקה ודאי האב יכול להפר לחודא, לפ"ז שפיר מוכח מר"ע מדלא אמר אין יכולים להפר לא היבם ולא האב דע"כ סובר אין זיקה כלל לכן יכול האב להפר לחודא, אבל אי הוה סובר ר"ע יש זיקה מדרבנן אין האב יכול להפר לחודא והיה קשה עליו קושי' הכ"מ, ועיין שם באהל דוד שתירץ על קושיתו מיבמות דף ל"ח דגר שמתה אשתו מותר בחמותו לר"ע דסובר בחמות לאחר מיתת אשתו ליכא שרפה וכיון דמחיים בגר רק אי' דרבנן איכא, בחמותו לאחר מיתת אשתו דאיסור קלים לר"ע מותר לגמרי והיה לו לרב לאמר הלכה כר"ע דאין זיקה מה"ת וממילא מותר באמה לאחר מיתת יבמתו ע"ש וקשה לי עליו הלא שם מתרצינן דאלו היה אומר הלכה כמ"ד אין זיקה הוה אמינא אף מחיים קמ"ל דאסור משום דמבטל מצות יבמין ע"ש הלא אין לטעות דאף מחיים מותר כיון דלא מוכח מר"ע רק דאין זיקה מה"ת וזה מהני רק לאחר מיתה ולא מחיים ולמה הוצרך הגמרא לאמר משום ביטול מצות יבמין הלא מחיים אסור משום דיש זיקה מדרבנן אף לר"ע, גם מאי מקשינן שם דף י"ח ממתניתן יבמה שמתה מותר באחותה אבל באמה לא הלא יש לאמר דהך מתניתן כר' ישמעאל ביבמות ל"ד דפליג על ר"ע וסובר דגם לאחר מיתה בחמותו בשרפה ולדידיה אין חילק בין מחיים ולאחר מיתה ולכן אסור באמה, והנה בהשקפה הראשונה אמרתי דפלוגתא דרב ושמואל אי יש זיקה או לא תלי' בפלוגתא דאבא שאול ורבנן בבכורות י"ג לרבנן דא"ש גם עתה מצות יבום קודמת לחליצה ולא"ש כיון דהשתא מיבמין לשם ממון ולשם נוי מצות חליצה קודמת, לרבנן דהיבמה עומדת עתה ליבום יש זיקה והוה כארוסה דעומדת לנשואין, אבל לא"ש דהיבמה עומדת לחלוץ להוציאה ולא לכנוס לכן אין זיקה, אך ע"ז קשה מאי מקשינן ביבמות דף י"ח על רב ממתניתן דמותר באחותה הלא י"ל רב כא"ש לכן סובר אין זיקה ומתניתן אתי' כרבנן דא"ש דיש זיקה גם מאי מקשינן שם על שמואל ממתניתן הלא י"ל שמואל כרבנן ומתניתן כא"ש, ועוד יש ליישב קושי' אהל דוד דעיין בתוס' ביבמות דף י"ז ע"ב ד"ה ולימא שכתבו דר' יוסף פליג עם ר' אסי לר' יוסף ריב"ב לחוד סובר יש זיקה ולכ"ע אין זיקה ולר' אסי כמה תנאים סוברים אף בתרי יש זיקה ע"ש לפ"ז י"ל לר' יוסף אף לריב"ב יש זיקה רק מדרבנן אבל לר"א בחד יש זיקה מה"ת והמקשן ביבמות י"ז סובר כר' אסי ושפיר הקשה:

שם בהג"ה וי"א דעכשיו יש חרם ר"ג, עיין בתשו' חכם צבי סי' קע"ז שנשאל שם במי ששידך עם אשה בעודו בקטנותו וכשהגיע לי"ג עדיין אין לו ב' שערות ואינו יכול לחלוץ ליבמתו אי מותר לכנוס משודכת שלו קודם שיחלוץ ותמה על הרמ"א דבאה"ע סימן א' פוסק דאם יש לאחד ארוסה מותר לו לישא אשה דלא גזר רגמ"ה בארוסה ובשומרת יבם דגרועה מארוסה פסק דלא ישא אשה עד שיחלוץ והניח בצ"ע ע"ש ולק"מ דעיין בב"ש שם סימן א' סק"ב שכ' שאין הפירוש שמותר לישא אשה על ארוסתו הלא כרשם תשו' מהרי"ק שורש ק"א ואין זכר שם להתיר כי אם שם בארוסה שיצאה מדעתה שאין כופין אותו לכנוס אם רוצה לגרשה ע"ש ולק"מ, ובלא"ה בנידון השאלה שבתשו' חכם צבי שנשתדך בהיותו קטן ועתה הוא בן י"ג ועדיין אין לו ב' שערות וא"א לחלוץ הלא קטן ליכא בר חיוב ואין חיוב מ"ע דיבום מוטל עליו בקטנותו וליכא עליו שום זיקה ונשתדך קודם הזיקה והלא בכה"ג אם השידוך קודם לזיקה מתיר הרמ"א לישא המשודכת:

סימן ק"מ

סעיף א' יבמה ג' חדשים ראשונים ניזונת משל בעלה, עיין בתוס' יבמות דף מ"א ע"ב ד"ה עמד בדין וברח שהקשו מיבמות כ"ט ע"ב דשם אמרינן בעמד בדין נתחייב במזונות ושם לא מזכר שברח ע"ש ומלבד קושי' תוס' קשה לי טובא על שיטת רש"י שהביאו תוס' שם דרק בברח לעגנה ואינה רוצה ליבם ולא לחלוץ קנסוהו בחיוב מזונות ע"ש איך יפרנס רש"י סוגי' דיבמות כ"ט ע"ב דאמרינן שם כיון דמחייב במזונות אמרינן כר' פנחס בנודרת על דעת בעלה לכן יכול להפר ע"ש איך אפשר לאמר שתדור על דעתו אם ברח שתשב עגונה ואינו רוצה ליבמה והוא שונא אותה תכלית שנאה, לכן נראה דעיין בטור כאן שמביא הרמב"ם פי"ח מה' אישות אינו מחלק בין נתרצה ליבם או נתרצה לחלוץ חייב ליתן לה מזונות עד שיפטור אותה, ועיין בנמ"י ביבמות דף מ"א ובתשו' ריב"ש סי' ק"ד שסוברים דאף בלא ברח מיד כשעמד בדין חייב במזונות והא דנקט ברח משום דאם הוא לפנינו כופין אותו ליבם או לחלוץ ובברח דאין בידינו לכופו ניזונת מנכסיו כמו ארוסה שהגיעו י"ב חודש דחייב במזונות ע"ש לפ"ז נראה דרש"י מודה בעמד בדין ונתרצה ליבם דאף בלא ברח חייב במזונות דדמי' לארוסה שהגיע זמן הנשואין, אך בלא נתרצה ליבם כ"א לחלוץ לא דמי' לארוסה דהתם עומדת לנשואין והכא עומדת להפרד ממנו ובכה"ג רק בברח לעגנה קנסינן אותו לחייבו במזונות ולא בברח מחמת אונס או חלה ולא קשה עליו מירושלמי דכתובות דקאמר אף בחלה ובהלך למדה"י דהתם בנתרצה ליבם, לפ"ז מיושב ביבמות דף כ"ט דהתם ע"כ בנתרצה ליבם דאז יש לאמר דהוה אדעתא כאלו כנסה כיון דחייב

במזונות ונולדת על דעת בעלה ולכן לא הוזכר שם ברא דבנתגדלה ליבם אף בלא ברא חייב לזונה:

שם סעיף ד' מעשי ידיה שלה אחר ג' חדשים, עיין בלבוש כאן שכ' אחר ג"ח אעפ"י שלפעמים נזונת משל בעל אפ"ה מעשי ידיה שלה ע"ש קשה לי הלא בסי' ל"ה באה"ע סעי' א' פסקינן כל זמן שהיא ניזונת משל בעל מעשי ידיה ליורשים ואיך כתב הלבוש אעפ"י שניזונת משל בעלה מעשי ידיה שלה, ועיין בדרישה כאן שכ' דכל זמן שלא נפסקו המזונות משל בעל מעשי ידיה ליורשים דהוה כמו בחיי הבעל ורק אחר שנפסקו המזונות משל בעל וחיוב היבם ליכא כי אם אחר שעמד בדין אין לו מעשי ידיה מחדש, ועוד מחלקים האחרונים דמזונות היורשים מדינא הוא לכן מעשי ידיה להם משא"כ ביבם דהוה מלך קנס קנסין ליה שלא יזכה במעשי ידיה, ולכמ"י, וריב"ש שהבאתי בסעיף א' גם ביבם ליכא משום קנס כי אם מדינא כמו בארוסה שהגיע זמן הנשואין ע"כ צריכין לדידהו לחלק כמו שכתב הדרישה ודברי הלבוש קשים להבין:

שם סעיף ז' מתה כשהיא שומרת יבם, כן הוא שיטת הרמב"ם פ' כ"ב מה' אישות וכן הוא שיטת רש"י ביבמות ל"ע דבין לאביי בין לרבא הזיקה גרועה בחד דרגא מבחיי הבעל דלאביי שם דבבעל ידו כידה אז בזיקה ידה עדיפא מידו ואין ליבם בנכסיה כלום, ולרבא דידו עדיפא מידה בבעל אז בזיקה ידו כידה ויחלוקו בנכסים ע"ש אך בכתובות דף פ"ג שינה רש"י את טעמו וכתב דזיקת היבם הוא לגמרי כאלו הי' הבעל חי ועדיין יד יבום עדיפא מידה וכל הנכסים שלו ע"ש והרמב"ן ביבמות הרגיש בסתירת רש"י ועיין שם באהל דוד שתירץ דאי מצות יבום קודם אז היבם כבעל דסופו לכנסה אבל אי מצות חליצה קודמת גרועה הזיקה ורש"י בכתובות קאי להלכתא דקי"ל מצות יבום קודמת לכן כ' דהיבם הוא כבעל ממש וביבמות דקאי לאביי יש לאמר דסובר מצות חליצה קודמת והיבם גרוע מהבעל ע"ש והעלים עינו שרש"י פוסק מצות חליצה קודמת כמבואר בטור אה"ע סי' קס"ה בשם רש"י, ונראה דעיין ברש"י בכתובות דף פ' ע"ב דפלוגתא בב"ב דף קמ"ח ר' יוחנן אמר בחזקת יורש הבעל ור"ל משום בר קפרא יחלוקו פליגי נמי בהך מתניתן בשומרת יבם שמתה דלא כר"ת שמחלק בין התם להכא, לפ"ז י"ל רש"י בכתובות קאי לר' יוחנן דמפרש דברי ב"ה דהנכסים הם לגמרי בחזקת בעל משום דסובר דזיקת היבם דומה לגמרי לבעל והוה כאלו עדיין הבעל חי וכל הנכסים לרבא דידו עדיפא מידה ליורשי הבעל, וביבמות קאי להלכתא דשם הוא המקור ובב"ב פסקינן כבר קפרא דיחלוקו ע"כ לרבא דידו עדיפא מידה צריכין לאמר דזיקה גרועה וידו כידה לכן חולקים כבר קפרא, ועוד יש לקיים ב' דברי רש"י אם הבעל הניח רק אשה אחת והזיקה רק עליה ועומדת ליבום אז יש לן לאמר דהזיקה הוא ממש כבחיי הבעל דהיבם תחת בעל, אבל בהניח ב' נשים ואין רשאין ליבם אלא אחת והשני' ניתרת לשוק בלי יבום וחליצה ע"י צרתה אז בכל אחת יש ספק אם היא תתיבם או תחלוץ או לא אז הזיקה גרועה בכל אחת וכשמתה אחת רק ידו כידה ויחלוקו היורשים, אך בסעיף ה' כאן פסקינן כתשו' רשב"א סי' תרפ"ו בב' נשים אם מתה אחת מהן אין היבם יורש כלום ממנה כי הזיקה חלה על השני' ע"ש ויש לפקפק עליו הלא במיתת הבעל חלה הזיקה על שתיהן בשוה והיתה עליהן עד שמתה האחת ויש לאמר שיחלק היבם עם יורשיה, ולרשב"א יש לעיין לפי שיטת רש"י ור"ת שמביא הטור כאן שהיבם אוכל חצי פירות מנכסי מלוג בחייה ובנכסי צ"ב לר"ת אוכל היבם כל הפירות ע"ש אם בב' נשים יאכל היבם הפירות מנכסי ב' נשים דהכי דלמיתה לא חיישינן לאביי בגיטין כ"ח לרבא שם חיישינן שמא ימות, ובלא"ה כשייבם אחת איגלאי מלתא דהשני' לא היתה זקוקה ואף דאין ברירה בדאורייתא ולא אמרינן איגלאי מלתא בכל זאת מידי ספקא לא נפקא, ואפשר להרשב"א מניחים הפירות או דמי הפירות למשמרת ואחר שמיבם אחת נוטל הפירות מנכסיה ומהשני' לא יקח כלום כ"א מחזירין לה פירותיה, גם יש לספק אם מתו שתיהן בבת אחת קודם היבום אם יורש או לא, כיון דיורשי כל אחת יכולים לדחותו ולאמר לו דהיה בדעתך ליבם השני' או לחלוץ לה, או נימא כיון דכתובה ונכסי צ"ב היו עד עתה ברשות הבעל מספק אין מוציאין ויורש משתיהן, ובנכסי מלוג דהם בחזקתה מספק אינו יכול להוציא מיורשיה:

שם בסעיף הנ"ל עיין בב"ש סקי"א שכ' דמהרי"ק בשורש ל"א סותר עצמו, דשם כתב כיון דכופין עתה לחלוץ אין היבם יורש כלום מנכסי היבמה ובשורש ק"ב כתב להיפך דאע"ג דכופין לחלוץ ממונו לא מפקעינן ממנו ע"ש והמעיין היטב במהרי"ק שורש ק"ב יראה דלא קשה, דבשורש ל"א קאי על נכסי האשה נכסי מלוג ונכסי צ"ב וכתובתה כיון דמוכרח לחלוץ לה אינו יורש מנכסיה, אבל בשורש ק"ב כתב שם שהיא עשירה ע"י שהבעל הניח הרבה יותר מכתובתה ומנכסיה והכל בידה והיבם בא לירש מנכסי אחיו שהניח על זה כתב שאין בידינו לסלק היבם מירושת אחיו דנפלה קמיה ולא כתב שאין בידינו להפקיע ממנו לירש אותה עש"ה ועיין בתשו' שבות יעקב באה"ע חלק א' סימן קכ"ד שמחליט שם אם כתבו האחים לאשת אחיהם קודם הנשואין כנהוג שטר חליצה שאם ימות אחיהם בלי בנים שמחייבים עצמם בחרם ובשבועה לחלוץ לה בחנם בזה סלקו עצמם לגמרי מירושה

ואין

ואין יורשים משלה הן מנכסי צ"ב והן מנכסי מלוג ומכתובתה כלום ע"ש:

סימן קס"א

סעיף א' היה לו נשים רבות, עיין בב"ש סק"א שתמה על הב"ח שחולק על הב"י דסובר דאם היבם חולץ לב' נשים שהניח אחיו דליכא שום איסור והב"ח הביא ראי' מתוס' דעובר באיסור דאורייתא דרק בית אחד הוא בונה ולא ב' בתים וכתב הב"ש דאשתמיטתיה גמרא מפורשת ביבמות דף כ' ע"ב דשם אמרינן נגזור משום חליצה אחר חליצה כל כי הני תחלוץ ותיזל ע"ש והנה לפי' רש"י שם מבואר באמת כמו שכ' הב"ש דליכא בזה שום איסור אך ע"ש ברשב"א ובריטב"א שכתבו על רש"י דיש לחוש שאם חולצת מתיבמת ע"ש ואף לדידהו מוכח משם דליכא איסור דאורייתא בזה רק גזרה שמא תתיבם ואין זה אלא גזרה מדרבנן, אמנם מוכח מהם דלא כב"י דמתיר לגמרי אף מדרבנן ומרש"י מוכח כהב"י, ויש לתלות בהרמב"ם פ"א מה' יבום ה' י"ב דכ' שם דאם בא היבם על החלוצה או אחד משאר אחין אינו אלא מדברי סופרים כשניות ע"ש לפ"ז אין לגזור שאם יחלוץ לשני' יבואו לידי יבום הלא אף ביבום ליכא אלא איסור דרבנן ואיך נגזור אטו איסור דרבנן והדין עם רש"י והב"י, אך הרמב"ן ושאר ראשונים חולקים עליו וסוברים דאיכא ביבום איסור לאו או עשה שפיר יש לגזור שיבואו לידי יבום כהרשב"א והריטב"א שהם סוברים כהרמב"ן ויש איסור דרבנן כשחולצים לשני' ואיסור דאורייתא ביבום:

שם סעיף ד' מלוה על הגדול ליבם, עיין בב"ש סק"ז שכתב ואם לגדול אשה אז חליצת קטן עדיף ב"י בסימן קס"ה בשם הריטב"א משום דאיכא חרם דרגמ"ה לישא ב' נשים ואינו ראוי ליבם וכיון שאינה עולה ליבום אינה עולה לחליצה, ועיין ברשב"א ריש יבמות שמביא ירושלמי בגיטין כ"פ המגרש שמחלק תמן התורה אסרה עליו הכא הוא אסר עליו ומזה הוכיח הרשב"א לר"א כשאמר בשעת גרושין חוץ מזה דהוה עולה ליבום וחליצתו כשרה ע"ש לפ"ז ה"ה במי שנשא אשה דהאיסור בא ע"י עצמו דשפי' עולה ליבום ולחליצה, אך מביא שם בשם הרמב"ן דסובר דגם בכה"ג נקרא אינה עולה ליבום ע"ש ויש לעיין דביבמות כ' מקשינן באלמנה מן האירוסין לכה"ג דעשה דיבום ידחה לל"ת ומתרצינן דגזרי' ביאה ראשונה אטו ביאה שני' ה"ה הכא נימא כן דעשה דיבום ידחה לחרם דר"ג דלא חמור מל"ת המפורשת בתורה ואי דגם כאן גזרינן ביאה ראשונה אטו ביאה שני' עכ"פ מה"ת עולה ליבום ועולה לחליצה, אך יש לאמר דרק לרבנן דא"ש מקשה הגמרא ביבמות ולא לא"ש דלא"ש ל"ק, דעיין בפ"י המשניות לרמב"ם בסוף פ"ק דבכורות וברע"ב שם שמפרשים דרבנן וא"ש בהא פליגי רבנן סוברים מיד כשמת האח בלי בנים נסתלק איסור אשת אח מן האחין של מת ורשאים ליבם אף לשם נוי ולשם ממון, ואבא שאול סובר דאיסור אשת אח במקומו עומד ורק ע"י יבום לשם מצוה נדחה איסור אשת אח ואם בועל לשם נוי נשאר איסור אשת אח ופוגע בערוה והולד ממזר עש"ה לפ"ז י"ל לא"ש כיון דהיבום דוחה לאיסור אשת אח אין בכח עשה זו לדחות עוד לאו אחר כמו דאין עשה דוחה לעשה ול"ת ור' שמשון בספר כריתות שלו כתב דאין עשה דוחה לב' לאוין ע"ש לפ"ז להנך שפוסקים כא"ש אין צריכין לתי' הגמרא דגזרי' ביאה ראשונה אטו שני' כ"א דאין עשה דיבום יכול לדחות עוד לאו אחר וה"ה דאינו יכול לדחות לחרם דר"ג שהחרים שלא לישא ב' נשים, ואינו עולה ליבום ולא לחליצה ולרבנן דא"ש דעשה דיבום א"ל לדחות לאו דאשת אח מקשה הגמ' דידחה עשה דיבום לאו דאלמנה לכה"ג ולדידהו אסקינן דרק משום גזרה ביאה ראשונה אטו שני' וה"ה דדוחה העשה לחרם דר"ג, ולרוב פוסקים דהלכה כרבנן דא"ש עולה ליבום ולחליצה גם יש לאמר דביבמות כ"א אמרינן דלר"ל דאמר דהיכא דאפשר לקיים שניהם אין עשה דוחה לל"ת הלא אפשר לקיים שניהם ע"י חליצה ומתרצינן דחליצה במקום יבום לאו כלום היא ע"ש וזהו לרבנן דא"ש דסוברים אף עתה מצות יבום קודמת משא"כ לא"ש דעתה שאין מכוונים לשם מצוה מצות חליצה קודמת לא שייך לאמר דחליצה לגבי יבום לאו כלום היא הלא אדרבא מצות חליצה קודמת למצות יבום ואין עשה דוחה לל"ת דאפשר לקיים שניהם ע"י חליצה והגמ' שפיר מקשה על דורות ראשונים אף לא"ש דהוא מודה דבדורות ראשונים שהיו מכוונים למצוה מצות יבום קודמת לחליצה ואז ידחה עשה לל"ת דאלמנה לכה"ג, אבל בדורות אחרונים אין עשה דוחה לל"ת דחרם דר"ג דעתה חליצה קודמת, אך ע"ז יש לפקפק אי אין עשה דוחה לל"ת דחרם אינה עולה ליבום ואינה עולה לחליצה והחליצה פסולה ואין כאן אפשר לקיים שניהם ורק אם העשה דוחה לל"ת החליצה כשרה משום דעולה ליבום, ולפי מה שכתבו הריטב"א והנמ"י ביבמות ריש פרק הבא על יבמתו דאבא שאול מודה לרבנן דמה"ת אף לשם נוי מקיים העשה ורק מדרבנן החמירו שצריך לכוון לשם מצוה ובדיעבד אף אם בעל לשם זנות קנאה ומתניתן שם אתי' גם כא"ש ע"ש לפ"ז י"ל דכיון דמה"ת אף לא"ש מצות יבום קודמת וחליצה לגבי יבום מה"ת לאו כלום היא דוחה לל"ת, ועיין ברמב"ן ביבמות דף ל"ט שחולק על הריטב"א והנמ"י וכ' דלא"ש אם בא על יבמתו במזיד לא קנאה כיון דפוגע בערוה והולד ממזר איך יקנה אותה ע"ש ולדבריו לא אתי' מתניתן שם כא"ש דשם תנן בא עליה

במזיד קנאה ומוכח דאין הלכה כא"ש ורק לריטב"א ולנמ"י דמתניתין אתי' כא"ש יש לפסוק כא"ש ולדידהו מה"ת עולה ליבום, אך לדבריהם קשה לי מאד אי לא"ש רק לכתחלה מדרבנן צריכים לכוון לשם מצוה למה באו חז"ל וביטלו מ"ע דיבום והחמירו מעצמן שצריכים לכוון לשם מצוה בלי שום יסוד דמה"ת לא בעי שום כוונה למצוה ואיך יבואו בחומרא דאתי' לידי קולא לעקור מ"ע דיבום דמה"ת חליצה במקום יבום לאו כלום היא, ויש לקיים דבריהם אך לא כמו שכתבו הם אלא דא"ש פליג עם רבנן כמו שכתבו הפי' משניות ורע"ב דא"ש צריכי' מה"ת לכוון לשם מצוה, ובכל זאת מה"ת יבום קודם גם בדורות שלנו לפי מה שכתב הלבוש בסימן קס"ה דרק אחד מני אלף אינו מכוון למצוה רק לנוי ומשום האי מיעוטא חושש אבא שאול שיכול להיות שיבא א' מני אלף לאיסור ערוה דאי' כרת ולכן יש להקדים החליצה, לפ"ז לא הי' לן לפסוק כאבא שאול כ"א כרבנן דבחולין דף ו' אמרינן דמות יונה מצאו לכותים בהר גריזים ור"מ לטעמי' דחייש למיעוט וגזר רובא אטו מיעוטא ואף ר"ג וב"ד כר"מ ע"ש ואיך נפסוק כא"ש הלא א"ש גזר משום מיעוטא שאין מכוונים למצוה להקדים החליצה ליבום ע"כ כר"מ ס"ל ואנן לא קי"ל כר"מ ולא חיישינן למיעוטא, אך לפי מה שכתבו הרמב"ם ורע"ב שהבאתי דא"ש סובר שהיבמה נשארה באיסור אשת אח עד שיבעול היבם היבמה לשם מצות יבום יש לאמר טעמא דא"ש מטעם סמוך מיעוטא לחזקה דהיבמה עדיין בחזקת איסור אשת אח וסמכינן המיעוט שאין מכוונים למצוה לחזקת איסור אשת אח שתשאר עדיין בחזקת איסור, וכי תימה לפ"ז למה אמרינן בחולין ו' ר"מ לטעמיה הלא שם איכא ג"כ חזקת איסור שאינו זבוח ויש לסמוך המיעוט שעושים לדמות יונה לחזקת אי' יש לאמר הלא שם גזר ר"מ על יינם של כותים מה"ט וביין ליכא חזקת איסור וע"כ דר"מ לטעמי' דחייש למיעוטא, אמנם עיין ברשב"א וברמב"ן ובריטב"א ביבמות דף קי"ט דרק אם המיעוט בטל מן הרוב אמרינן לרבנן סמוך מיעוטא לחזקה כגון מיעוט מפילות בטל מרוב מתעברות אבל אם המיעוט חוץ לרוב לא אמרינן לרבנן סמוך מיעוטא לחזקה וכאן המיעוט שאין מכוונים למצוה הם חוץ לרוב שמכוונים למצוה ובכה"ג לא אמרי' סמוך מיעוטא לחזקה וע"כ דא"ש כר"מ ס"ל ואין הלכה כמותו:

ועיין בתשו' מבי"ט חלק א' סי' קמ"ו שכ' מי שנשבע בפירוש שלא ייבם חלה עליו השבועה ולא אמרינן דהוה נשבע לבטל המצוה הלא אפשר לקיים שניהם השבועה ויקיים העשה בחליצה ע"ש והעלים עינו מיבמות דף כ"א דמקשינן שם לר"ל ומתרצינן דחליצה במקום יבום לאו כלום היא ואין כאן אפשר לקיים שניהם ע"ש ה"נ הוה נשבע לבטל מצות יבום דחליצה במקום יבום לאו כלום גם לשיטת הרמב"ן שמביא הרשב"א ריש יבמות דאף באיסור שבא ע"י עצמו אמרינן כל שאינו עולה ליבום אינה עולה לחליצה ואם השבועה חלה שלא ליבם אינה עולה ליבום וגם החליצה פסולה ואין בידו לחלוץ ואף לאתשולי אינו יכול דשם נשבע לטובת אשתו שלא ייבם אשת אחיו שלא תהיה צרה לאשתו והנשבע לתועלת חברו אין לו היתר כי אם בהסכמת זה שהשבועה היתה לתועלתו:

שם סעיף ה' אמר הגדול המתינו, עיין בתשו' אמ"ו בא"ם באה"ע ח"ב סי' פ"א שכ' אם כלטרך לשהות ז' ימים עד שיבא אח הגדול ממרחקים לחלוץ לא משהינן המצוה ומניחין לחלוץ לקטן ע"ש, ועיין בתשו' בנין ציון חלק א' סי' קכ"ב בתשובתו שהשיב אלי שמחליט משום שיהוי מ"א לחדש אדר עד כ"ט בו אין מניחין לקטן לחלוץ וצריכים להמתין כ"ט יום שיחלוץ הגדול שבאחים, ומביא ראי' ממתניתן אם אומר עד שיבריא החרש לזה צריכים ימים ושנים לא משהינן אבל משום איזה שבועות משהינן ולכן לא נקט עד שיבריא החולה דלזה א"צ אלא איזה שבועות ממתינים עד שיתרפא ע"ש ולאיתו יש לדחות דמש"ה לא נקט חולה דבחולה יש ספק שימות מחליו ודאי לא משהינן ואף בחרש שהוא בריא וחזק ג"כ לא משהינן עד שיתרפא מחרשתו, ועיין בעבודת הגרשוני סימן י"ב שמביא ראי' ממתניתן דהכי דלא משהינן בגדול עד שיגדיל אף שהוא קרוב לי"ג שנים אלמא דלא משהינן אף ימים מעטים ע"ש ולאי' זו יש לדחות הלא שנים לחודא לא יספיקו שיחשב לגדול כ"א צריכין לבדקו אם הביא ב' שערות ולא סמכינן על חזקה דרבא כמבואר בנדה מ"ו ואף שהוא קרוב לי"ג שנים שמא כשנבדקו אז לא יהי' לו שערות כי אם לזמן מרובה לכן לא משהינן:

שם באותו הסעיף עד שיגדיל אחי הקטן, עיין ברש"י ביבמות דף ל"ט ע"א ד"ה ביאת קטן שכתב והאי קטן לאו קטן ממש הוא דקטן לאו בר חליצה ויבום הוא שמא ימלא סרים ואפילו מאן דלא חייש למיעוטא וקטן מותר ליבם הכא ודאי סוגי' דשמעתין מוכחא דלאו קטן ממש הוא מדקא פריך לקמן תלה בקטן עד שיגדיל ושני ליה שיהוי מצוה לא משהינן אלמא בקטן ממש כולהו מודו ע"ש וע"ש ברשב"א שכ' על רש"י ואינו מחוור די"ל דרק בקטן בפחות מבן ט' צריך שיהוי דאין ביאתו ביאה אבל ביותר מט' מנא לן דצריך לשהויי ונדחק לתרץ על רש"י דע"כ בקטן שהוא גדול בשנים דאל"ה מאי מקשינן וממחזירין על כל האחין הלא י"ל התם בגדול בשנים ע"ש והריטב"א שם דחה דבריו דבכלל כל האחים גם קטנים בני ט' שראוים ליבום וכתב שדברי רש"י לר"מ קאי אבל לרבנן דר"מ בן ט' מיבם וא"צ לשהויי ומקשה עליו הלא הלכה כרבנן ואיך כיון דסוגי' כר"מ ותירץ דאף לרבנן

בבן ט' אף דביאתו ביאה בכל זאת לא עדיפא מחליצת גדול ומביא בשם תוס' שפירשו בקטן ממש ובבן ט' ע"ש והנה ברש"י בקדושין י"ט מבואר דקטן בן ט' קונה היבמה בביאתו מן התורה וע"ש ברשב"א שמביא בשם הראב"ד שסובר ג"כ כרש"י דקנאה מה"ת, ועיין ברמב"ן ובחידושי ר"ן בנדה דף מ"ה שכתבו דמן התורה הקטן מבן ט' קונה בביאתו יבמתו לגמרי וא"צ אלא גט ולא חליצה ורק חכמים גרעו ביאתו ועשאוה רק כמאמר ואעפ"י שאין לו דעת הא ריבה רחמנא ביבמה ביאת שוגג כמזיד ע"ש והנה הרמב"ן ביבמות ל"ט כ' דלאבא שאול הבא על יבמתו באונס או במזיד לא קנאה דפוגע בערוה והולד ממזר ע"ש לפ"ז הא דהוכיח הרמב"ן בנדה מ"ה דיבם קטן בן ט' קונה אף שאין לו דעת דלא גרע מביאת שוגג ומזיד ליתא לא"ש דהא לא"ש באמת לא קנה כל זמן שאינו מכוון למצוה ורק לרבנן דא"ש קנה דא"צ כוונה ולהכי דפסקו כא"ש אם קטן בן ט' מיבם כיון דאינו בר דעת פוגע בערוה באיסור אשת אח, ואם הקטן בא מעצמו על יבמתו הוה קטן אוכל נבלות ואין ב"ד מצווין להפרישו, אבל אם הגדול מדחה ליבמתו ואומר שהב"ד יאמרו לקטן בן ט' שהוא ייבם היבמה הוה כמאכילו נבלה בידים דאסור וכיון דרש"י פוסק ביבמות ל"ט כא"ש שפיר כ' דאין הגדול יכול לדחות על הקטן, ולא קשה קושי' רשב"א וריטב"א עליו, אך הריטב"א והנמ"י ריש פ' הבא על יבמתו סוברים דא"ש רק מלד ומכלא דרבנן בעי כוונה למצוה אבל מה"ת מודה דמי שבא על יבמתו באונס ובמזיד קנאה ע"ש יש לאמר דרק בגדול שבידו לחלוץ החמירו חז"ל להתחלה שיחלוץ אבל בקטן שאינו בר חליצה הניחו על דין תורה שיכול ליבם, אך עיין בתוס' בקדושין י"ט וברשב"א שם ובריטב"א ביבמות דף ל"ו דסוברים דקטן בן ט' אינו קונה מה"ת את יבמתו בביאתו כ"א מדרבנן כמאמר בגדול לפ"ז לא נוכל לאמר לדידהו דבקטן הניחו חז"ל על דין תורה הלא מן התורה לאו בר יבום הוא שאין לו קנין ורק מדרבנן יש לו קנין ורבנן אמרו שצריכים כוונה לשם מצוה וקטן לאו בר כוונה, והנה לרוב ראשונים שפוסקים כרבנן דא"ש דא"צ כוונה ביבום לשם מצוה וכמו שפירשו הרמב"ם והרע"ב דרבנן סוברים דמיד כשמת האח בלי בנים נסתלק איסור אשת אח ויכול לבעול אף לנוי יש לאמר לפי מה שכתבו תוס בגיטין ס"ד ע"ב ד"ה שאני שיתופי מבואות דבדעת אחרת מקנה לקטן קונה הקטן מה"ת והש"ך בש"ע ח"מ סי' רמ"ג מביא ראיות ברורות לדבריהם ופוסק כמותם ע"ש אם הקטן בן ט' בא על יבמתו גדולה בשנים ובשערות והיא מקנה עצמה לו הוא קונה אותה מן התורה משא"כ אם היבמה ג"כ קטנה, ואפשר אף בקטנה דמן השמים מקנים אותה לו והוא דעת אחרת מקנה וקונה אותה הקטן מן התורה לרבנן דא"ש דא"צ כוונה למצוה אבל לא"ש דצריך כוונה למצוה לסלק אי' אשת אח כיון דקטן אינו בר כוונה לא מהני קנינו ואפשר לאמר דאף דא"ש סובר דבעי כוונה למצוה לסלק איסור אשת אח דוקא בגדול שהוא בר חיוב משא"כ בקטן דאצלו ליכא איסור אשת אח כמ"ש הריטב"א בקדושין י"ט בשם הראב"ד דאם קטן קודם י"ג בא על אשת איש אין אצלו שום חיוב דאינו מצווה בלאוין ע"ש א"צ כוונה למצוה לסלק האיסור ומה"ת יכול הכם ליבם אף דאינו בר כוונה משום שהוא כקטן וליכא אצלו איסור אשת אח, גם לפמ"ש הנב"י באה"ע ח"א סי' כ"ד דאף לא"ש א"צ כוונה לשם מצוה רק היפוך כוונה לשם נוי מגרע לא"ש ע"ש י"ל דרק בגדול דמחשבתו חשובה מגרע בהיפוך כוונתו ומבטל המצוה כמ"ש תוס' בבכורות י"ב דאף למ"ד מצות א"צ כוונה אבל בהיפוך כוונה לא יצא משא"כ בחרש וקטן דמחשבתם לא נחשבת לכלום אם יש להם היפוך מחשבה אין בכח מחשבתם לבטל מעשה המצוה ורק בגדול דמחשבתו חשובה יש בכחה לבטל מעשה המצוה:

אך בגוף הדבר שהשיגו הרשב"א והריטב"א ביבמות ל"ט על רש"י שכ' דא"א לפרש קטן ממש הרי אמרינן שיהוי מצוה לא משהינן והקשו הלא קטן בן ט' יכול ליבם ומה"ע חולקים על רש"י ע"ש לדעתי הדין עם רש"י דאף אם הקטן קונה בביאתו את יבמתו מן התורה בכל זאת כיון דאינו בר מצוה כל זמן שלא הגיע לי"ג שנים אינו מקיים עשה דיבום דהא פטור מכל מצות ואינו מחויב בהם וכשיגדיל מחויב לבעול היבמה לקיים העשה שנכנסה מחדש כשיגיע לגדלות ואם מת בקטנותו צריכים האחים לחלוץ לקיים העשה שלא נתקיים ע"י הקטן לפ"ז ודאי הדין עם רש"י דרק אם אין כאן גדול ממנו יכול ליבם כשהוא בן ט' ולקנות יבמתו וכשיגדל יבעל עוד הפעם לקיים העשה אבל כשיש כאן גדול בשנים שפיר אמרינן דאין הגדול יכול לאמר המתינו לקטן עד שיגדיל, דאם ייבם הגדול או יחלוץ יקיים מ"ע דיבום או דחליצה ואם ייבם הקטן לא יקיים העשה עתה רק כשיגדל ואמרינן שפיר שיהוי מצוה לא משהינן דהגדול יקיים העשה מיד משא"כ הקטן לא יקיים העשה בקטנותו עד שיהי' גדול, ועפ"ז אמרתי עיין בנב"י ח"א באה"ע סימן יו"ד שמתיר ליבם קטלנית דשומר מצוה לא ידע דבר רע ע"ש דרק גדול יכול ליבם קטלנית דמקיים מ"ע דיבום והמצוה מגינה עליו ומצילו ולא קטן דאצלו ליכא מ"ע, ובאמת יש לפקפק עליו הלא ביבמות כ' אמרינן דגזרינן ביאה ראשונה אטו ביאה שני' דבביאה שני' ליכא עוד מצוה ואז אין כאן הגנה כשישא קטלנית, אם לא שנאמר כמו דהמצוה מגינה בחזרה מהמצוה אחר שנתקיימה המצוה ה"ה ביאה שני' לא גרעה מחזרה שבאה ע"י המצוה אבל בקטן שאינו מקיים המ"ע דיבום יש לחוש לסכנתא'

שינזק

שיזוק בביאתו כשיבא על קטלנית, וכבר קדמו בתשו' רלב"ח סי' ל"ו שהתיר ליבם את הקטלנית ומביא ראי' ממשנה פרק ד' אחין ג' אחין הלא שם הנכרית כבר מתו לה ב' אנשים ואפ"ה מיבמין אותה מוכח דביבום ליכא חשש קטלנית ע"ש ויש לדחות ראיתו דיבמות ס"ד פליגי רבי ורשב"ג לרבי תרי זימנא הוי חזקה ולרשב"ג בתלתא זימנא ע"ש לפ"ז יש לאמר דמתניתן אתי' כרשב"ג ולא הוי הנכרית קטלנית אף שמתו לה ב' אנשים, אבל להלכתא דקי"ל כרבי בשכבתא דתרי זימנא הוי חזקה עדיין יש לאמר דאין מיבמין אותה כשמתו לה ב' אנשים:

סימן קס"ב

סעיף ג' החולץ ליבמתו אסור מדרבנן בקרובותיה וכן כ' הטור, וכתב הב"ח דוקא אם חלץ ליבמתו אבל אם לא חלץ לה היה מותר באמה ובבתה ע"ש ודבריו נעלמו ממני הלא אם לא חלץ לה ממ"נ אם כנסה ויבמה והיא אשתו ודאי אסור באמה ובבתה, ואם לא כנסה והיא זקוקה לו הלא אחות זקוקתו אסורה לו וכן אמה ובתה ואפילו מתה הזקוקה מבואר ביבמות י"ח וברמב"ם בפרק א' מה' יבום הלכה י"ג דקרוביה אסורין, וכן ראיתי דבר תימה בפרישה כאן אות ה' שכ' אם אחות חלוצתו נשואה לאחיו ומת פוטרת גם צרתה מן החליצה ומן היבום דהוי צרת ערוה ע"ש ול"ע דרק באחות גרושתו דאסורה עליו בכרת והוי ערוה עליו פוטרת צרותיה מיבום וחליצה אבל אם אחות חלוצתו נשאת לאחיו דמה"ת לא נאסרה עליו רק מדרבנן אסורין קרובות החלוצה הוי דאסור ליבם אותה אבל צריכין לחלוץ אותה דגם בחייבי לאוין חולצין ואין מיבמין מכ"ש באיסורי מדרבנן והצרות בני חליצה ניהו כמו אחות חלוצתו ואינה פוטרת הצרות מן חליצה:

שם באותו הסעיף ואפילו לא חלץ לה אלא מספק אפ"ה אסור בכל קרובותיה, המרדכי מאריך בזה ומביא דמלינו בספק דרבנן לחומרא דגזרו שבות בבין השמשות בשבת עש"ה הכא בספק דרבנן הנוגע גם באיסורי דאוריתא כיון דצריכין להחמיר בספק זה במה שנוגע בדאוריתא שוב מחמרינן לחלוטין גם בנוגע באיסורי דרבנן, לפ"ז י"ל בבה"ש דשבת נוגע גם במלאכות דאוריתא ושם ספק דאוריתא לחומרא לכן אף בשבותין דרבנן אזלינן לחומרא ולפ"ז ה"ה הכא יש לאמר כן כיון דהחלוצה אסורה לחולץ ומדאורי' בספק חלוצה נוגע הספק גם בא' תורה אי מותרת היא בעצמה לחלוץ ולאחים וממילא יש לאמר אף לענין איסורי דרבנן לגבי קרובותיה דאסורים רק מדרבנן אזלי' לחומרא, אך להרמב"ם בפ"א מיבום הביאו הב"ש כאן סק"ב דסובר דבחלוצה ליכא אף לחולץ ולכל אחים רק איסור מדרבנן ראוי לן להקל בספק חלוצה ולאמר ספק דרבנן לקולא, ועיין בביאורי הגאון ר' אלי' מווילנא סק"ג שתמה על המרדכי שמסופק במה שמפורש בהדי' במתניתן ביבמות דף כ"ג ע"ב דתנן שם במקדש אחת מב' אחיות ואינו יודע איזה קידש דאם יש ב' אחין אחד חולץ ואחד מיבם אבל אם יש לו אחד אם חולץ לאחת אסור בשני' ליבם והלא האחת שחלץ אינה אלא ספק חלוצה שמא היא נתקדשה לאחיו ובכל זאת אסור באחותה והניח בצ"ע עש"ה ויש לתרץ התם אתחזק איסורא דודאי קידש אחת מב' אחיות רק שאינו יודע איזה קידש ואם מת ודאי אחת משתיהן זקוקה ליבום לאחיו וצריכה חליצה והוה כב' חתיכות שאחת ודאי איסור דאף בספק דרבנן אזלינן לחומרא, אבל אם הספק באחת כגון שקידש אשה ספק קרוב לו או לה או שגירש אשתו וזרק לה גט ספק קרוב לו או לה דאם מת הוה ספק אם זו זקוקה לאחיו או לא ואין כאן זיקה כלל בכה"ג יש לאמר לגבי קרובותיה דאינן אסורי' כ"א מדרבנן ספק דרבנן לקולא, וע"ש ברשב"א ובריטב"א ביבמות כ"ג ע"ב שכתבו אף דספק חלוצה מותרת לכהן הכא אסרי' אחות ספק חלוצה, דבכהן אף גרושה אינה אלא באיסור לאו לכן לא גזרינן אטו גרושה משא"כ באחות גרושתו דהוה איסור כרת גזרינן באחות ספק חלוצה אטו אחות ספק גרושה ע"ש לפ"ז י"ל דוקא קרובות שאסורין בגרושה מה"ת אסרינן בספק חלוצה אטו קרובות גרושה אבל שניות שאף בגרושה אינן אלא מדרבנן לא נאסרו בספק חלוצה דשניות אף בגרושה לא נאסרו רק מדרבנן וקילא מגרושת כהן דאיכא איסור לאו ובכל זאת לא גזרינן ספק חלוצה אטו גרושה, בפרט שהמרדכי שם סיים אף שנראה להתיר בספק חלוצה קרובותיה מכל מקום לא נעשה מעשה עש"ה יש להקל עכ"פ בשניות בספק חלוצה, גם נראה אם הספק נעשה ע"י שמת בן היבמה שהיתה מעוברת בשעת מיתה וילדה אח"כ ומת הולד בתוך שלשים דמספקינן שמא היה נפל וצריכה חליצה דיש להקל בקרובותיה כיון דמן התורה אינה צריכה חליצה דרוב ולדות בני קיימא הם רק דמחמרינן לחוש למיעוט נפלים לרשב"ג ואם נתקדשה לכהן דאם תחלוץ תהי' אסורה לו מקילין דאינה צריכה חליצה וסומכין על הרוב למה לא נסמוך על הרוב בקרובותיה דאינן אסורות רק משום גזרה אטו קרובות גרושה להוסיף חומרא על חומרא:

סימן קס"ג

סעיף א' המיבם את יבמתו זוכה בנכסי המת, ביבמות דף מ' פליג ת"ק עם ר' יודא לת"ק

היבם

היבם נוטל נכסי המת אפי' האב קיים ורק כשחולץ יורש האב ולר' יודא אף ביבום יורש האב נכסי המת ע"ש יש לאמר דפליגי בפלוגתא דרבנן וא"ש שם דף ל"ט לרבנן לפי מה שכ' הרמב"ן שם קונה היבם היבמה אף בשוגג ובמזיד אף שאינו מכוון לשם מצות יבום ולאבא שאול דוקא במכוון לשם מצות יבום קנאה אבל אם בא עליה שלא לשם מצוה רק לנוי או לשם ממון או בשוגג או במזיד לא קנאה כלל ע"ש דא"ש סובר דבדורות הללו שמכוונים לשם נוי ולשם ממון חליצה קודמת, וי"ל רבנן דר"י סוברים כרבנן דא"ש כיון שכונס היבם ובא עליה בכל אופן קנאה והוה הקנין ודאי וקונה ג"כ נכסי המת עמה ונדחה האב מירושה, ור' יודא סובר כא"ש דרק אם מכוון לשם מצות יבום קנאה ואין אנו יודעים אם הוא כן הלא רבים מכוונים לנוי או לממון ולא קנאה כלל וממילא לא קנה נכסי המת והוה הוא ספק והאב הוא ודאי יורש לגבי יולאי יוכו לכן האב דוחה את היבם, ובזה יש ליישב מה שחולק גמרא דידן עם הירושלמי בגמ' דידן אסקינן דאין הלכה כר' יודא בשם ר' ינאי ור' נחמן ובירושלמי כאן מביא בשם רב וריב"ל ור' הושעי' דהלכה כר' יודא ור' יוחנן שאמר שלא שמע כן מר' הושעי' נדחה שם, גמרא דידן סוברת דהלכה כרבנן דא"ש לכן הלכה כרבנן דר' יודא אבל הנך אמוראי דירושלמי בפרט רב שם לרש"י ור"ת ביבמות ל"ט סובר כא"ש ע"ש סוברים דהלכה כא"ש לכן פסקו כר' יודא, ובזה מובן ג"כ עוד פלוגתא בין גמרא דידן להירושלמי שם דבגמ' דידן מתרלינן על המשנה החולץ הוא כשאר אחים דמקשינן פשיטא ומתרלינן סד"א דלקנסיה הואיל ואפסדה מיבום קמ"ל דחולק עם אחיו ובירושלמי מתרץ כתי' ראשון של גמרא דידן דסד"א דחליצה במקום יבום קאי ויקח היבם כל נכסי המת, דגמ' דידן סובר דהלכה כרבנן דא"ש דמצות יבום קודמת לחליצה שפיר מתרץ דסד"א דכיון דלא ייבמה ולא הקדים מצות יבום לחליצה לקנסי' שיפסיד חלקו קמ"ל, אבל הירושלמי דפוסק כא"ש הלא לא"ש דחליצה קודמת שפיר עשה שחלץ ולא ייבם ואיך ס"ד לקנסו אותו הלא כדין וכדת עשה שלא ייבם לא היה יכול לתרץ כן והוכרח לתרץ כתירוץ ראשון שמתרץ בגמ' ועיין בב"ש סק"ב שכ' דמדברי הטור בסימן ס' נראה דס"ל דאפי' בנכסי אחיו אינו נוטל בראוי דלא כהרב המגיד שכ' להרמב"ם רק בנכסי אביהם אינו נוטל בראוי אבל בנכסי אחיו נוטל דמיד כשמת אחיו זוכה בנכסיו והוה כבעל בנכסי אשתו שמתה דנוטל גם בראוי ע"ש ועיין בביאורי הגאון ר' או"ו כאן אות ו' שכ' דבירושלמי קאמר הכל על נכסי אחיו ע"ש דלרבנן דא"ש דיבום קודם לחליצה וקרוב לודאי שיעשה כדין וייבם יבמתו ואפ"י בלא כוונה למצוה כלל קנאה זוכה מיד בנכסי אחיו כשימות ודומה לבעל בנכסי אשתו שבודאי יורש אותה ולא הוה ראוי, והרמב"ם ורוב ראשונים שפסקו כרבנן דא"ש סוברים מה"ת דבנכסי אחיו המת לא הוה ראוי דפסקו כגמ' דידן, אך הירושלמי לפמ"ש סובר כא"ש דחליצה קודמת ולא הורשה ליבם עד שנדע בבירור שיכוונו למצוה וקרוב לודאי בעת שמת אחיו שיחלוץ לאשתו ולא ייבם ורק כשמיבם זוכה בנכסי המת ולא במיתתו ואינו דומה לבעל בנכסי אשתו דשם ודאי יורש אותה לכן סובר הירושלמי דגם בנכסי אחיו הוה משעת מיתה עד היבום ראוי ולא מוחזק ומהראוי נוטלים גם שאר אחים חלקם, וכן הטור דפוסק בסי' קס"ה כא"ש סובר דגם בנכסי אחיו המת שייך ראוי', ועיין בהג"ה כאן סעיף ב' שמביא בשם מהרי"ק אם האב תפס נכסי בנו המת וטוען קים לי כא"ש דחליצה קודמת ואכי יורשו אין מוציאין ממנו ע"ש ולפמ"ש דר"י כא"ש ואם הלכה כא"ש הלכה כר' יודא דאפילו ביבום האב יורש נכסי המת אם האב שתפס טוען דהלכה כא"ש אפילו מיבם בכל זאת האב יורש ואין מוציאין דאז הלכה כר' יודא, ועיין בב"ש סק"ב שכ' דמהרי"ו פליג וסובר דאפילו מת האב אחר מיתת הבן הוה מוחזק וכן כ' האגודה בשם ראב"י ע"ש ולא זכר שזהו שיטת רש"י ביבמות כ"ד ריש ע"ב כפי מה שפירשו שם הרמב"ן והרשב"א והריטב"א את דבריו, ועיין ביש של שלמה ביבמות פרק ד' סי' כ"ג שכ' דרש"י ור"י ומהר"ם סוברים דלא כרמב"ם ורמב"ן ורשב"א כ"א אם מת הבן בחיי האב לא הוה ראוי כ"א מוחזק והיש ש"ם מסכים לדינא עמהם ורחיתו מאם מת הבכור בחיי אביו שבן הבכור נוטל פי שנים כשמת אבי הבכור דהוה מוחזק, וביבמות דף מ' מפרש פי' חדש דלר' יודא מקשינן דאם מת האב אחר שמת בנו ונשארו הנכסים שירש מבנו בעין שהיבם יזכה בנכסים הללו שירש האב מהמת ע"ם לפ"ז אם האב מת אחר שמת בנו והלך היבם ותפס מנכסי האב חלק המת וטוען קים לי כרש"י וכהנך שסוברים כמותו דלא הוה ראוי כ"א מוחזק ואכי יורשו אין להוציא ממנו:

שם סעיף ג' ייבם היבם בסוף ג' חדשים וילדה לסוף ט' חדשים, וכן כ' הרמב"ם שבא על יבמתו תוך ג' חדשים, ועיין בתוס' יבמות דף ל"ה ע"ב ד"ה ונמלאת שכתבו דע"כ איירי שבא על יבמתו תוך ג' דאם המתין ג"ח ולא הוכר העובר הא הוה אונס ופטור מקרבן ע"ש וקשה לי אם בא על יבמתו תוך ג"ח והכנים עצמו לספק איסור כרת דאז הוה ספק שמא היא מעוברת מבעלה ואסורה על היבם באיסור כרת מלד אשת אח שיש לה בנים והוא הכנים עצמו לספק אי' דאורי' דמה"ת לחומרא דאף להרמב"ם שפוסק ספק דאורי' מה"ת לקולא דבעי ב' חתיכות, עיין בפי' המשניות יבמות ל"ה וברמב"ם פ"ח מה' שגגות שאינו פוסק משנתנו דחייבין באשם תלוי דאתי'

דאתי' כהך תנאים דסברו חתיכה אחת שנינו אבל להלכתא פוסק הוא כהנך דבעי חתיכה אחת משתי חתיכות עש"ה לפ"ז למתניתן שלנו בכל אופן ספק מה"ת לחומרא ומי שמכניס עצמו לספק אי' כרת ועובר איסור דאורי' במזיד איך מחייבו המשנה בקרבן חטאת ובאשם תלוי הלא הוה מזיד וכמ"ש תוס' בבא על מעוברת דהוה מזיד ואינו מביא קרבן, וע"ש בתוס' שכתבו דאם חלץ בתוך ג' בדיעבד אף מדרבנן הוה חליצה ע"ש ואמאי הלא כל שאינה עומדת ליבום אינה עומדת לחליצה והיבמה בתוך ג' מה"ת אסורה מספק ואינה עומדת ליבום מה"ת ותהי' החליצה פסולה, ויש לאמר דעיין בתוס' שם ד"ה תיגלי מלתא וברמב"ן ורשב"א שם שכתבו אף דקי"ל כר"ל דביאה מעוברת לא שמה ביאה היינו דוקא לענין קיום מ"ע דיבום אבל אם הפילה לא עבד איסורא בביאתו דאז העיבור כלא נחשב, וע"ש ברמב"ן שכ' דיש טוענין וסוברים דעובר בלאו' אשת אח שלא במקום מצוה בכפל, ואמרתי לפמ"ש הריטב"א והנמ"י שם דיש לחוש שבשעת ביאתו היה הולד ראוי להיות ב"ק ורק אח"כ ע"י איזה סבה הפילה ע"ש לפ"ז עבר בביאתו ספק אי' אשת אח שמא בשעת ביאתו הי' הולד ב"ק, ותמיה לי שהריטב"א בעצמו כתב שם כהרמב"ן דליכא איסור בהפילה ולדידי' אמאי לא? לפ"ז איכא למימר לפי המבואר ביבמות קי"ט דסמוך מיעוט לפלגא והוה רובא, הכא יש פלגא ופלגא שמא נתעברה ושמא לא נתעברה ומיעוט מפילות והוה רובא להתירא ליבם תוך ג"ח ואין כאן ספק מה"ת ורק מדרבנן החמירו לחוש שמא נתעברה בבן קיימא, אך לפ"ז יש להקשות אמאי בנולדת מעוברת בב"ק חייב בקרבן ובספק א"ת הלא הוה אונס דהא סמך על רוב כמ"ש ויש לדחות כיון דעבר על תקנת חכמים שתקנו להמתין ג"ח לא נקרא אונס:

גם עיין בתוס' יבמות ל"ז ע"א ד"ה וזו הואיל שכ' דאף דיש רוב מתעברות ויולדות ויש לן רוב שנתעברה מבעלה הראשון אין סברא בשהתה עם בעלה כמה שנים שנימא רוב מתעברות ע"ש הנה מה שכתבו דבשהתה ליכא רוב זהו דוקא אם שהתה עשר שנים עמו ולא קודם, גם הלא מתניתן סתמא תנן אף אם היתה רק זמן מועט עם בעלה הראשון ומת דיש ספק, והנה לתירץ ראשון של תוס' שם ביבמות ד"ה כ"מ דרק לרבא בבכורות רוב מתעברות הוה רוב ולא להלכתא דקי"ל כרבינא כיחא וע"ש ברמב"ן שכ' ג"כ כתוס' דלדידן ליכא רוב ולכן פוסק הרי"ף שם כמתניתן דלדידן אתי' גם כרבנן דר"מ לפ"ז ליכא נגד הרוב שאינה מעוברת רוב מתעברות ועדיין קשה קושיתי דלעיל דהוה אנוס, אך לתי' שני של תוס' שם דגם לרבינא הוה באים ואשתו רוב מתעברות יש נגד האי רוב רוב מתעברות ויולדות והוה פלגא ופלגא ומיעוט שאינן מתעברות ומיעוט מפילות דתרי מיעוטא מצטרפין לפלגא כמ"ש רשב"א וריטב"א ביבמות קי"ט ולא היה אנוס בדבר, ולדעתי אף לתי' ראשון של תוס' ולרמב"ן שם הוה הכא רוב מתעברות אף לרבינא רוב מעלי' דרק כמו בבכורות כ' דלא ידעינן אם זכר בא עליה בשנה ראשונה וכן ביבמות קי"ט באשה שהלך בעלה וצרתה למדה"י דלא ידעינן שבא עליה והוה רובא דתלי' במעשה דלא ידעינן אם נעשה המעשה ולא הוה רובא אבל כאן דמחייבין אותו ואותה בקרבן ובא"ת כיון דהיא ידעת בבירור שבעלה הראשון בא עליה ובודאי נעשה המעשה איכא רוב מעלי' דנתעברה מהבעל הראשון והוה פלגא ופלגא וליכא אונס אבל קשה קושיתי הראשונה כיון שהכניסו עצמן בספק אי' כרת דמה"ת לחומרא הא הם מזידין ואיך מביאין קרבן דאינו אלא בשוגג:

גם יש לעיין הלא בירושלמי יבמות דף מ' בהניח ב' נשים ועשה היבם מאמר באחת ויבום בשני' כיון דאינו רשאי לקיימה אינו יורש נכסי אחיו והכי קי"ל כאן בסעיף א', ולמה בבא עליה בתוך ג' דביאתו היתה באיסור וצריכין להפרישו ובספק בן ט' לראשון ובן ז' לאחרון אסורה עליו לעולם וצריך לגרשה למה נוטל מנכסי אחיו מצד יבום בשבא קיים, וגם בשבא ויבם בנכסי ספק דיבם נוטל חליו רק מצד יבום דמצד ירושה השבא הוא היורש ומה התם דרק מדרבנן אסור ליבם השני' כמבואר בנמ"י ובשאר ראשונים מכ"ש הכא דיש ספק איסור דאורי' דמן התורה אסור לקיימה אם לא שנדחוק דהא דנוטל נכסי המת הוא רק מצד שטוען שממנו נתעברה ולפי טענתו היא מותרת לו ורשאי לקיימה לכן חולקין:

ועוד יש לעיין בגמ' יבמות ל"ז מקשינן הא רוב נשים לט' יולדות ומתרצי' דאיכא רוב נשים שעוברן ניכר לשלים הריונה ומדלא ניכר יש הוכחה שלא היתה מרוב שיולדת לט' ע"ש להנך תנאים ואמוראים בנדה דף ט"ו ודף ט"ז דוסתות דאוריתא מטעם רוב דרוב נשים האורח בזמנו בא אם לא בא האורח בשעת ווסתה אחר ג"ח ממיתת בעלה יש לן עוד רוב מבלעדי רוב נשים לט' יולדות גם האי רוב דרוב נשים רואות בשעת ווסתן ורק ע"י שנתעברה לפני ג"ח מבעלה הראשון נפסק הווסת ונסתלק הדם כמבואר בנדה דף ז' ד' נשים מסולקת מדם ואחת מהן מעוברת שהוכר העיבור ופירשו רע"ב ורמב"ם בפי' המשניות לסוף ג"ח מיום העיבור, אך להנך תנאים ואמוראים בנדה ט"ו וט"ז דסוברים ווסתות רק דרבנן דמה"ת לא אמרינן אורח בזמנו בא לית לן רוב דאורי' דנתעברה מבעל הראשון מדלא ראתה בשעת ווסתה דבלא"ה אין האורח בא בזמנו, ובזה יש לתרץ קושי' תוס' ביבמות ל"ז שהקשו נימא סמוך מיעוטא לחזקת היתר ליבם ואיתרעו הרוב דרוב נשים לט' ילדן דכל קושי' תוס' לר"מ דסובר לפמ"ש תוס'

תוס' בחולין פ"ו סמוך מיעוטא לחזקה מה"ת אבל לרבנן דר"מ לא אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה רק משום חומרא דרבנן ורק להחמיר ולא להקל לפטור מא"ת, ולר"מ דסובר בנדה ע"ז דחזקה דווסת באה בזמנה הוה חזקה דאורייתא מתנגד לחזקת היתר ליבום ולא נשארו רק תרי רובא המתנגדים זה לזה רוב נשים לט' יולדין ורוב נשים ניכר העיבור לג"ח והוה פלגא ופלגא לכן חייבין בא"ת, ויש לחקור אם אחר שעברו ג"ח ממיתת הבעל ועדיין ראתה דם ווסתה הלא מעוברת משעברו ג"ח ומזמן שנתעברה היא מסולקת ומוכח מזה דלא נתעברה מבעלה הראשון כ"א מהיבם אי גם בכה"ג חייבין א"ת דהא נגד הרוב דרוב נשים לט' יולדין יש לן ב' הוכחות חדא דלא הוכר העיבור שנית דלא נסתלקו הדמים ממנה, ואפשר דבכה"ג יכול לקיים היבם אותה וגם ליכא ספק בירושה היבם נוטל כל נכסי מיתנא והספק יורש את היבם אף נגד שבא:

ועיין כאן בב"ח שדייק מלשון הטור דהיבם בא על היבמה דוקא בסוף ב' חדשים אבל אם עברו ב' חדשים ויום אחד אז ברוב נשים הוכר העיבור מדכתיב ויהי כמשלש חדשים משמע רק ביום ראשון לחודש השלישי ניכר העיבור, והעלים עינו מתוס' יבמות ל"ז שהקשו שג' חדשים שלמים לא יספיקו לברר שלא נתעברה דדלמא לא נקלט הזרע כ"א אחר ג' ימים מהביאה ע"ש וע"כ סוברים דבעי ג' חדשים שלמים להיכר העובר וכן הרמב"ם בפ"ה מה' נחלות כ' אם בא היבם תוך ג' חדשים ממיתת הבעל הוה ספק וכן כ' הש"ע פה בסעיף זה מוכח דבתוך חודש השלישי עדיין לא ניכר העובר, ועיין בדרישה שדייק ג"כ לישנא דטור דוקא לסוף ב' חדשים אבל אם בא עליה לסוף חודש ראשון ממיתת הבעל וילדה לסוף ט' חדשים הוה תלינן בודאי בראשון דאלו הוה משני הלא בן ח' אינו חי ולא אמרינן דהוא בן ז' ואשתהי ע"ש ודבריו תמוהים בעיני אף דליכא מהיבום עד הלידה ח' חדשים הלא אפשר שלא נתעברה מיד מהיבם כי אם אחר חודש ימים והולד בן ז' הוא מהיבם וא"צ לאמר דאשתהי בבטן אמו, וע"ש שכ' דאם נולד לח' ממיתת ראשון אמרינן דודאי בן שני הוא דאי מראשון לא היה חי כיון דהוא בן ח' ג"כ קשה הלא יוכל להיות שנתעברה מבעלה הראשון איזה ימים קודם מיתתו והוה בן ט' דיולדות לט' יולדות למקוטעין דהא בראש השנה דף י"א אמרינן אפילו למ"ד יולדות לט' אינה יולדת למקוטעין מלשון זה מוכח דאין הלכה כהאי מ"ד כמו שכתבו הראשונים בחולין י"ב מדאמרינן שם ולר"מ דחייש למיעוט האיך אכל בישרא מוכח דאין הלכה כמותו ולישנא דהרמ"א בא"ע סי' קנ"ו סעי' ד' שכ' אע"ג דאמרינן בגמ' יולדות לט' אינן יולדות למקוטעין קשה להבין דמג"מ מוכח להיפך, וע"כ דגם הדרישה סובר כהב"ח דב' חדשים ויום א' הוכר העבור עכצ"ל דלא נתעברה קודם ב' חדשים עד ביאת היבם דאז היה ניכר העיבור והוה בן ח' ואינו חי:

סימן קס"ד

סעיף א' ואם ייבם או חלץ תוך זמן זה ולא נמלאת מעוברת, ע"ש בב"ש סק"ב שכ' משמע אם ייבם תוך ג' חדשים אין מפרישין אותה, דוקא כשהיא מעוברת אין מפרישין אותה ע"ש וקשה הלא הוה ספק שמא נתעברה בולד ש"ק ואסורה על היבם בא' כרת ואף לרמ"ה שהביא הטור שסובר דמספק אין מוציאין בגט יש לאמר דמודה שיש להפרישן עכ"פ להצילן מאי' כרת, ועיין לעיל בסי' קס"ג סעי' ג' שם הארכתי בפלוגתא דרבא ורבינא בבכורות י"ט דפליגי אי רוב מתעברין הוה רובא מעלי' לרבא דהוה רובא מעלי' הלא איכא רוב שנתעברה מראשון ולאי צריכין להפרישן אם כנס בתוך ג"ח למיתת הבעל עש"ה ובזה יש לתרץ מה דפליגי המחבר כאן עם הגהת מרדכי סוף גיטין המחבר כאן אם חלץ בתוך ג"ח ולא נמלאת מעוברת ה"ז נפטרה וא"צ כלום והגה"מ מביא ראי' מירושלמי ריש פרק החולץ דסובר דצריכין לחלוץ עוד הפעם אחר ג"ח ע"ש די"ל הירושלמי סובר כרבא דרוב מתעברות הוה רובא מעלי' ואסורה מה"ת בתוך ג' חדשים למיתת בעלה ואינה עולה ליבום מה"ת ואינה עולה ג"כ לחליצה והחליצה תוך ג"ח פסולה, והמחבר קאי לדינא דקי"ל כרבינא דלא הוה רובא ולא נאסרה מה"ת ליבום תוך ג"ח לכן גם החליצה כשרה ועיין בט"ז סק"ב שמביא שהרמב"ם ורש"י ותוס' והטור סוברים דלא כהגה"מ והחליצה כשרה דהגה"מ יחיד הוא בזה ע"ש לפ"ז יש להקל עכ"פ באשה שהגיעה לזקנה דאין לחוש עוד לעיבור ורק משום לא פלוג החמירו אצלה שצריכין ג"ח שאם חלצה תוך ג' חדשים א"צ לחזור על כל האחים ודי אם אחד יחלוץ, ואף לתירץ שני של תוס' יבמות קי"ט דגם רבינא מודה באיש ואשה דרוב מתעברות הוה רוב מעלי' עיין בתוס' בבכורות דף כ' ד"ה מחוורתא ובח"ס שם ע"ב ד"ה חלב פוטר שכתבו דיש לסמוך מיעוט שאינן מתעברות לחזקת שלא ילדה מעולם עש"ה והתם גם נפל פוטר מבכורה וליתא שם מיעוט מפילות רק מיעוט שאינן מתעברות בצירוף עם חזקה שלא ילדה, כ"ש הכא ביבום דנפל אינו פוטר מיבום כ"א בן קיימא ויש לן ב' מיעוטים מיעוט שאינן מתעברות כלל ומיעוט שמתעברות ומפילות ואיתרע רובא דמתעברות ולא עדיף מחזקה חזקת שלא ילדה ועדיין לא נתעברה ומה"ע כ' הב"ש שאם ייבם תוך ג"ח שאין להפרישן דעדיין היא בחזקתה הראשונה שלא נתעברה ומה"ת עולה ליבום והחליצה כשרה בתוך ג"ח:

שם סעיף ד' היבמה לא תתיבם בעת נדתה, עיין בקדושין דף י"ד ברמב"ן ור"ן וריטב"א שם שהקשו על הרי"ף שסובר דביאה גומרת הנשואין הלא ארוסה בלא ברכה אסורה לבעלה כנדה וביאה דאסורה לא קני' כדמוכח ביבמות ותירצו כיון דבא עליה לשם נשואין לא עבד איסורא ורק לשם זנות אסורה הביאה ע"ש ומה התם דביאת ארוסה בלא ברכה אינה אלא איסור דרבנן החליטו דלא קני' ואיך כיון שביאת נדה דאסורה מה"ת בכרת תקנה את היבמה, והנה הרא"ש מביא ראי' מפסחים דף ע"ב ע"ב דאמרינן שם דיבם עבד מצוה בבא על נדה ע"ש ולפי מה שכתבו תוס' שם ד"ה באשתו ליכא ראי' משם עש"ה ועוד זאת נראה דעיין ביבמות נ"ה ע"ב דפליגי שם אביי ורבא אליבא דר' יוחנן לאביי לר"י ביאה מעוברת לאו ביאה ולא קני' ולרבא קני' ועי"ש בריטב"א שכ' טעמא דאביי משום דביאה דאסורה לא קני' ולרבא צ"ל דבזה גופא פליגי ר' יוחנן ור"ל ר' יוחנן סובר אע"ג דאסור ליבם מעוברת דרוב מעוברות ולד מעלי' ילדן בכל זאת ביאה דאסורה קני', ור"ל סובר ביאה דאסורה לא קני' ואינה עולה ליבום ואינה עולה לחליצה וחליצה מעוברת לא שמה חליצה, לפ"ז י"ל בפסחים ע"ב קאי כר' יוחנן לכן קנאה בביאת איסור, אבל להלכתא דקי"ל כר"ל וביאת איסור לא קני' גם ביאת נדה לא קני', ועי"ש בפסחים דמסקינן שם בבא על היבמה סמוך לווסתה ופרסה נדה בשעת ביאה ע"ש ובכה"ג ניחא דקני' דעיין ביבמות דף נ"ה ע"ב דהורעאה שני' ביבום וא"ל לגמר ביאה לפ"ז קודם שפרסה נדה בשעת הורעאה קיים מצות יבום וקני' ואח"כ פרסה נדה וגמר ביאתו, ובזה מיושב קושי' תוס' שם בפסחים ד"ה סמוך שהקשו דלמה לא אמר בספק נדה ועפמ"ש ניחא, אך כשמיבם בנדותה שיקנה אותה צ"ע:

ועיין בט"ז ס"ק ז' שכ' דסד"א דעשה דיבום ידחה לל"ת דנדה כמו דדוחה לל"ת דאשת אח ורק משום דאפשר לקיים שניהם כשתטהר ותטבול אינה דוחה לל"ת דנדה עש"ה מבואר בדבריו דביבום הטעם משום דעשה דיבום דוחה לל"ת דאי' אשת אח, ולפי מה שכ' הר"ש מקינון בספר כריתות שלו דעשה אינו דוחה לב' לאוין בלא"ה ניחא דלא דחה עשה דיבום לל"ת דנדה דאין עשה דוחה לב' לאוין לאו דאשת אח ולאו דנדה ולא הוצרך הט"ז להטעם משום דאפשר לקיים שניהם, אך יש לאמר לפי מה שכ' במשנה למלך בפרק א' מה' שופר אם נזדמן חרישה בכלאים בי"ט לצורך כיסוי הדם אף שאין עשה דכיסוי דוחה לאי' י"ט משום דהוה עשה ול"ת, דוחה לל"ת דכלאים שבא ע"י מקרה יחד עם ל"ת די"ט ע"ש לפ"ז י"ל הר"ש לא קאמר רק היכא דאמרה תורה ב' ל"ת על דבר אחד אין בכח העשה לדחות אפילו לאו אחד דמאלמי אהדדי, אבל בנזדמנו ב' לאוין יחדיו ע"י מקרה עשה דוחה אותן והוצרך הט"ז לאמר רק משום דאפשר לקיים שניהם, אך יש להקשות עליו ממה שכתבו הרמב"ן והרשב"א בשבת דף כ"ד דרק אם אפשר לעשות העשה מיד ולא לעבור בל"ת אז אינו דוחה אבל אם צריכין להשהות קיום העשה עד למחר אז דוחה לל"ת עש"ה לפ"ז בנדה דצריכין להמתין עד שתטהר מנדתה ותספור ז' נקיים ותטבול זה לא נקרא אפשר לקיים שניהם, אם לא שנחלק התם בשבת אם נטמאו הקדשים בי"ט וחלה אז העשה דשרפת קדשים אמרינן מצוה שבאה לידך אל תחמיצנה שלא להמתין עד למחר, משא"כ ביבום העשה חל משעת מיתת האח בלא בנים וחז"ל דחו קיום העשה עד לאחר ג' חדשים יש לאמר כיון דאדחי אדחי ויכולין לדחות קיום העשה עד שתטהר היבמה מנדותה, אך עדיין יש לפקפק עליו, הלא ביבמות דף כ' מקשינן בכה"ג לאלמנה ניתא עשה דוחה לל"ת ומתרצינן גזרינן ביאה ראשונה אטו ביאה שני', וכ' הריטב"א שם א"כ בכל יבמה ניתא כן דנגזור אטו ביאה שני' דליכא עוד מצוה ועוברין באיסור אשת אח ותירץ דאיסור אשת אח התירה התורה לגמרי במקום יבום עש"ה מבואר בריטב"א נגד הט"ז דביבום לא הוה משום עשה דוחה ל"ת וליכא למגזר אטו ביאה שני', משא"כ בנדה וודאי יש לגזור אטו ביאה שני' שיבעול עוד הפעם אותה בנדותה, ולפ"ז יש לתרץ קושיתי שהקשתי לעיל על הרא"ש דאיך ביאה דאסורה יקנה, דבאמת עשה דיבום דוחה לל"ת דנדה ואין כאן ביאה דאסורה רק לכתחלה אין מתירין ליבם נדה משום דגזרינן אטו ביאה שני' אבל בדיעבד שפיר קנאה:

שם סעיף ו' וולד שלא נגמרו סימניו, עיין בב"ש סק"י שתמה על הב"י בתירוצו על הרמ"ה בבה"ב והניחו בצ"ע ומלבד תמיהתו דברי הב"י תמוהים שכ' שהרמ"ה לא ס"ל האי טעמא בכהן משום דסמכינן על רבנן דרשב"ג כיון דהלכה כרשב"ג אלא דמשום ספק אין מוציאין מבעלה ע"ש ול"ע הלא ביבמות דף ל"ז מבואר דטעמא משום דסמכינן על רבנן דרשב"ג ע"ש ועוד זאת אף בתירוצו לא הציל את הרמ"ה והניחו בקושי' הלא ספקא דאורי' הוה ע"ש ומלבד זאת קשה לי על הרמ"ה אם אין מוציאין אף מספק אשה מבעלה היינו אם קדושין תפסו והוא ודאי בעלה אז אמרי' אין ספק מוציא מידי ודאי אבל אם כנסה היבם וילדה ולד שתם ומת בתוך ל' אם הולד היה ב"ק אסורה היבמה על היבם באיסור כרת ואין קידושיו תופסין בה ולא קנאה כלל ואינה בעלה, ולסלק כל הקושיות מהרמ"ה נראה דעיין ברמב"ם בפרק א' מה' שגגות ה"ב שכ' בספק בן ט' לראשון וז' לאחרון אין היבם חייב אשם תלוי דלא איקבע איסורא ועי"ש בכ"מ שהקשה עליו ממתניתן דיבמות ל"ה דתנן בהדי' דחייבי' בא"ת ותירץ

דמתניתן

דמתניתן אתי' כסף תנא בכריתות דקובר חתיכה אחת שניהו ע"ש וכן כ' בפי' המשניות לרמב"ם ביבמות ל"ה וכ"כ התי"ט שם לפ"ז י"ל הא דאמרינן בגמ' בנתקדשה לכהן לא תחלוץ משום דסמכינן אדרבנן דרשב"ג היינו לפי המשנה שם דמחייבינן בא"ת וספקא דאורי' מה"ת לחומרא ומה"ת צריכה חליצה ואסורה לכהן צריכין להאי טעמא דסמכינן אדרבנן דרשב"ג אבל להלכתא סובר הרמ"ה כהרמב"ם דספק מה"ת לקולא גם לרשב"ג ליכא איסור דאורייתא בלי חליצה כ"א אי' דרבנן ואין מוציאין אותה מבעלה, ואם היבם כנסה וילדה וולד סתם ומת תוך ל' אינה אסורה לו מה"ת לרשב"ג דיש ספק נפל ולא תלא ממנו וכמו שכ' הב"י דהלכה כרשב"ג וקדושי היבם תפסו בה כיון דליכא איסור דאורייתא ואין מוציאין אותה מבעלה היבם ולרוב הפוסקים שחולקים על הרמב"ם ופוסקים דספק דאורייתא מה"ת לחומרא מוציאין אותה מהיבם:

שם סעיף ז' ואם נתקדשה לכהן שהוא אסור בחלוצה אינו חולץ לה, יש לעיין לפי מה שכתב מהרשד"ם בחלק אה"ע סי' רל"ה להתיר בזמן הזה שבויה לכהן דכהנים בזה"ז אינם אלא ספק כהנים שאין להם כתב יחס ע"ש וכן כ' בתשו' ריב"ש סי' ל"ד בסוף התשובה וכ"כ הים ש"ש בחולין בפ' כל הבשר באריכות ובב"ק פרק ה' סי' ל"ה שמרוב אריכות הגלות וגזרות וגרושין נתבלבלו קרוב לודאי וסיים שכ"כ מהרי"ו ע"ש וכ"כ הש"ך בי"ד סי' שכ"ב סק"ט בשם מהרש"ל וכ"כ המבי"ט ח"א סי' רי"ט וכ"כ המג"א סי' ר"א, וכ"כ בתשו' בית אפרים בא"ח סי' ו' וכ"כ בשאילת יעב"ץ ח"א סי' קכ"ה, וכ"כ בתשו' שבות יעקב ח"א תשו' ל"ג דחלוצה לכהן דאינה אסורה אלא מדרבנן וכיון דבזמן הזה הכהנים רק ספק כהנים הם אמרינן ספקא דרבנן לקולא ע"ש לפ"ז אם מת סתם וולד בתוך ל' אם תחלוץ אינה אלא ספק חלוצה דאם הולד הי' בן קיימא אין ממש בחליצה ומותרת כמבואר במתניתן ל"ה ע"ב ויש לן ס"ס חדא שמא לאו חלוצה היא ואת"ל דהוה חלוצה שמא לאו כהן הוא ומותרת לכהן אף אם נחלצה ויכולין לחלוץ בזמן הזה אף אם נתקדשה לכהן ולפ"ז אף לשיטת הרז"ה ורבנו יונה בשבת קל"ו שפוסקים כאביי שם דבפיהק ומת אף לרבנן חיישינן לנפל וצריכה חליצה אף בנתקדשה לכהן מותרת לו מצד ספק ספקא:

ועיין בב"ש ס"ק י"א שהביא בצ"ע אי יש לסמוך על הנמ"י דסובר דבסתם וולד שנגמרו סימניו הוה ודאי ב"ק לכ"ע ואינה צריכה חליצה ע"ש ואני מצאתי שגם הרשב"א והריטב"א ביבמות ל"ו סוברים כהנמ"י דסתם וולד שנגמרו סימניו הוה ודאי ב"ק לכ"ע ואינה צריכה חליצה ע"ש ולדידהו הא דאמר אביי בפיהק ומת גם לרבנן חיישינן זה דוקא במאי דפליגי רשב"ג ורבנן בסתם וולד שלא נגמרו סימניו או בודאי בן ח' ונגמרו סימניו בהנך אמר אביי בפיהק ומת מודים רבנן לרשב"ג דחיישינן לנפל, אבל בסתם וולד ונגמרו סימניו דהוה ודאי ב"ק לכ"ע הוה כמו בולד שידעינן בודאי שכלו לו חדשיו דאף בפיהק ומת לא חיישינן לנפל ה"ה בהנך, לפ"ז היינו טעמא דאנן לא מצרכינן בנתקדשה לכהן בפיהק ומת חליצה אף דר' יונה ורז"ה ורמב"ן פוסקים כאביי משום דאנן סמכינן על הרשב"א והריטב"א והנמ"י שלשה עמודי עולם דסוברים סתם וולד שנגמרו סימניו הוה ודאי ב"ק אף בפיהק ומת ורק במאי דפליגי רבנן ורשב"ג בלא נגמרו סימניו ופיהק ומת יש להצריך חליצה לדידהו דפוסקים כאביי דבכה"ג גם רבנן מודים לרשב"ג:

סימן קס"ה

סעיף א' מצות יבום קודמת למצות חליצה וי"א שמצות חליצה קודמת

כשאלתי מאת רעי ואהובי נ"י הרב הגאון מוה' אליעזר וויכטער נ"י. אב"ד דק"ק סטאמפפען אודות יבמה בקהלתו שישבה בבית חמיה ד' שנים לצפות בעיגון והיבם בחור פנוי יצא ונכנס שם והיה לו שם בבית חדר מיוחד והיבמה היתה צנועה ולא היה לה שום קרבות עם אנשים אחרים ועתה כרסה בין שיניה, היא והיבם אומרים שהעובר ממנו והיבם רוצה לקחת אותה לאשה וגם היא רוצה בו והיבם אומר שאם לא תתיבם לו לא יחלוץ לה לעולם ותשאר עגונה כל ימי חייה, וגם היא ממשפחה חשובה ואמה עדיין קיימת ואם לא תתיבם תבא בוז וקלון לכל משפחה כשתלד בזנות ויש לחוש לכמה קלקולים כי גדולה הבושה ואם תתיבם ותלד תחתיו תתרפא היא וכל משפחתה, אי יש להתיר היבום אף שי"א בש"ע כאן דהשתא חליצה קודמת דהלכה כאבא שאול דדורות שלנו לא יתכוונו לשם מצוה? וזאת תשובתי אליו:

הנה הרי"ף והרמב"ן והרשב"א והריטב"א ביבמות ל"ט והרמב"ם בהלכותיו כולם פוסקים כרבנן דא"ש אף אם היבם מכוון לנוי או לשם ממון מקיים מ"ע דיבום וגם עתה מצות יבום קודמת, רק הרא"ש ורש"י ור"ת שם חולקים ופוסקים כאבא שאול דעכשיו חליצה קודמת, וחושש הרמ"א לדעתם להחמיר שלא ליבם בזמננו, אך עיין בתשו' שבות יעקב באה"ע סי' קל"ה דבמקום דיש לחוש לעיגון גם עתה מצות יבום קודמת ע"ש, ועיין בתשו' אמ"ו בח"ס אה"ע ח"ב סי' ס"ט שמסכים עם השבות יעקב נגד השב יעקב והגאון בבית מאיר באה"ע סי' קס"ט ס"ק ל"ד כתב דבכה"ג כופין ליבם ע"ש ועיין בתשו' מהרשד"ם אה"ע סי' קל"ב באחד שהיה לו אשה ולא היה לו ממנה רק בת אחת

ולא בן ורוצה ליבם יבמתו להוליד ממנה בן לקיים מ"ע דפרי' ורביה פסק שם שהדין עם היבם שיוכל ליבם ע"ש ובנידן דידן שהיבם פנוי ורוצה ליבם יבמתו לקיים ע"י עשה דפ"ור הדין עמו, ועיין בתשו' מבי"ט ח"ב סי' קל"ו שפוסק בהחלט מצות יבום קודמת למצות חליצה אף בזמן הזה, ובתשו' משפטי שמואל סי' כ"ז מאריך לדחות כל ראיות של הפוסקים כא"ש ומסיק להלכה דמצות יבום קודמת ובבעל העיטור אות גט וחליצה פוסק ג"כ כהרי"ף וכן בשאלתות מר' אחאי גאון סי' קכ"ד פוסק יבום קודם ועיין בר"ע ברטנורא ובתי"ט סוף פרק קמא דבכורות שפוסקים כת"ק דא"ש, ועיין בתשו' ב"ח סי' ע"ה שכ' אם שניהם רוצים ביבום אין לנו כח לבטלן ממצות יבום לא מצד הדין ולא מצד התקנה שהרי לא מצינו שתיקנו הגאונים שלא להתיבם אלא שאין אנו נוהגים ביבום אבל לא מצינו תקנה ע"ז ע"ש והשבות יעקב שהבאתי לעיל כ' דהיכא דשניהם רוצים ביבום גם הרמ"א מודה דמיבמין והוכיח מדבריו מדכ' באה"ע סי' א' סעי' י"ד דיש חולקים וסוברים דחרם דר"ג נוהג במקום יבום אם. יש לו אשה מוכח דאם אין לו אשה מותר ליבם ע"ש גם כ' השב"י שם דא"ש מודה אם מתכוון לנוי וגם לשם מצות יבום דמצות יבום קודמת ע"ש ובזה מוברים לנו דברי הלבוש כאן שכ' דמש"ה מצות חליצה קודמת דחיישינן שמא יש אחד מני אלף שאינו מכוון לשם מצוה לקיים לאחיו שם כי אם רק לנוי ע"ש כוונתו כיון שדי אם מכוון לנוי וגם למצוה למה ישבק היתרא ויעשה איסורא שיכוון רק לשם נוי למה לא יכוון גם למצוה אין זה רק מיעוטא בעלמא וא"ש חייש למיעוט וסובר כר"מ וכיון דאנן לא קי"ל כר"מ ולא חיישינן למיעוטא אין הלכה כא"ש ועפ"ז מובן בכתובות דף ס"ד דר"פ אמר ר' יוחנן תבע ליבם אין מזקיקין לו ע"ש דר"י פוסק בבכורות דף כ' כרשב"ג דחלב אינו פוטר דחיישינן למיעוט שחולבות ואינן יולדות לכן פוסק כא"ש אבל אנן פסקינן כרבנן דר"מ הלכה כרבנן דא"ש דמצות יבום קודמת, ומצאתי חבילות ראשונים שפוסקים כרבנן דא"ש חדא הגהות מיימוני בפ"א מה' יבום מביא בשם הרשב"ם והראב"י וריב"א שפוסקים כרבנן דא"ש והמרדכי מביאם ג"כ והרא"ה בכתובות דף ס"ד פוסק כרבנן דא"ש וכ' שכן דעת הראב"ד, והריב"ש תשו' תק"ע כתב דהנכון כהרי"ף והרמב"ם, ובתשו' ר"ט מביא השאלתות דר"א ותשו' הגאונים והרי"ף והרמב"ם ורבנו יצחק בן אברהם ורבנו שמואל והראב"ד ובעלי תוס' ורבנו מאיר הלוי וכל חכמי פרובינציא וקאטאלוני כולם הסכימו דמצות יבום קודמת ע"ש ותשו' הר"ן סי' כ"א כ' דראוי להורות ולדון הלכה למעשה דמצות יבום קודמת ע"ש וכ"כ התשב"ץ ח"א סי' ל"ד:

ועוד זאת אפילו אותו שפוסקים כא"ש להקדים מצות חליצה דוקא כל זמן שלא בא עליה ועדיין לא קנאה, אבל כשבא עליה אף לשם זנות גם לא"ש קנאה וכן כתבו הריטב"א והנמ"י ביבמות כ"ב דמתניתן שם דתנן אף בשוגג אף במזיד אף לשם זנות קנאה אתי' גם כא"ש והוא רק מדרבנן צריך כוונה מדאמר בבא לשם נוי הוה כאלו פוגע בערוה וקרוב להיות ממזר היינו מדרבנן ולכן לא פרכינן בגמ' מתניתן דלא כא"ש דבמשנה בדיעבד תנן וא"ש לכתחלה קאמר עש"ה ונראה להביא ראי' לדבריהם דאל"ה מאי מקשינן ביבמות דף כ"ח שומרת יבם קרית ליה אשתו מעלי' היא ע"ש מאי קושי' הלא יש לאמר הך ברייתא אתי' כא"ש והתם בא עליה לשם זנות ולא קנאה, אע"כ דגם לא"ש קנאה בדיעבד, אך עיין ברמב"ן ביבמות ל"ט שכ' להיפך דלא"ש רק כשבועל לשם מצוה קנאה אבל בזנות ובמזיד ובשוגג וכשמכוון לשם נוי או לממון לא קנאה מה"ת דלא"ש הוה דרש גמור מדאורייתא שצריך לכוון לשם מצוה ומתניתן לא אתי' כא"ש ע"ש אך הרמב"ן הוכיח מזה דאין הלכה כא"ש דכיון דסתם מתניתן אתי' כרבנן דא"ש הלכה כמותם ע"ש לפ"ז ממ"נ לרמב"ן דלא"ש בבא עליה לשם זנות דלא קנאה מה"ת אין הלכה כמותו כ"א כרבנן וכמתניתן דקנאה, ולריטב"א ולנמ"י דמתניתן אתי' גם כא"ש גם לא"ש בבא עליה לשם זנות קנאה בדיעבד וכאן שבא עליה קנאה וא"צ לגרשה ומהשולחן ערוך מוכח דע"כ סובר כהריטב"א והנמ"י דהא באה"ע כאן מביא ב' דעות אי הלכה כרבנן או כא"ש ובסימן קס"ו מביא המתניתן דקנאה בין במזיד בין לשם זנות בלי שום חולק וע"כ מוכח דסובר כריטב"א וכנמ"י דגם לא"ש קנאה ומתניתן אתי' כר"ע:

אך עיין בהג"ה באה"ע סימן קס"ו סעי' ב' שכ' דוקא שבא עליה בפני ב' עדים ע"ש ובנידן דידן לא היו עדים כשבא עליה וליכא קנין לכאורה, אך עיין בבית מאיר שמביא בשם יש"ש ביבמות דפליג וסובר דא"צ עדים ע"ש ולדעתי הדין עם היש"ש דאם נימא דצריכין עדים דיבום הוה כקדושי ביאה איך קי"ל כחכמים דר"מ דקטן יכול ליבם הלא קדושי קטן לאו כלום הם, ואף שכתבו תוס' בקדושין דף י"ט ד"ה ומדאורייתא דקטן אינו קונה מה"ת ביבום שלו כ"א מדרבנן עדיין קשה הלא קידושי קטן אף מדרבנן ליתא ועיין ברשב"א שם שמביא בשם רש"י והראב"ד דיבם קונה ביבומו מה"ת וכן סובר הרמב"ן הביאו הרב המגיד בפרק ה' מה' יבום ה' י"ח ע"ש ואמאי הלא בקדושי קטן ליכא שום ממש אע"כ דביאת יבם לא דמי' לקדושין דכיון דאחיו הי' גדול כשקידש בעדים א"צ בביאת יבם עדים ואף דאין דבר שבערוה פחות משנים הלא בתחלת הקנין היו עדים בקדושי אחיו ולכן גם קטן קונה מה"ת

ביבום

ביבוס שלו, ועיין בביאורי הגאון ר"א מווילנא באה"ע סי' קס"ו סק"ט שמביא ראי' מתוס' קדושין י"ב דביבוס א"צ עדים וגם מיבמות כ"ח וקיים שם הגאון דהרמ"א בדותא הוא עש"ה ועיין בתוס' ר"ע איגר על מתניתן ביבמות כ"ג שמביא בשם משנה למלך שמסופק אי בעי עדים ובעלים עיכו מהרמ"א ומביא ראי' מיבמות כ"ח דא"צ עדים ע"ש שנדחק טובא ונראה דגם הרמ"א מודה דמה"ת לא בעינן עדים רק על מה שכתב המחבר שאם בא עליה א"צ לחזור ולקדשה ע"ז כ' רק אם בא עליה בפני עדים א"צ לחזור ולקדשה דהא כבר קידש בביאה אבל אם ייבם בלא עדים אף דקנאה מה"ת בביאתו כיון דלא עשה כדרך המקדשים תיקנו חז"ל שיקדשה אח"כ בכסף או בשטר לפני עדים ואין כאן מחלוקת בין הרמ"א ויש ש"ש דיש ש"ש קאי אדאורייתא דמה"ת א"צ עדים וכן מבואר בדרכי משה באה"ע סי' קס"ו אות ג' דכ' דאינו קונה קנין גמור וצריכה גט וחליצה ואי מה"ת לא קנאה בלא עדים למה צריך ליתן גט הלא די בחליצה אע"כ דמה"ת קנאה בלא עדים לכן צריך ליתן לה גט ורק מדרבנן דבעי עדים צריך לחלוץ לה מדרבנן, לפ"ז בנידן דידן כיון דכבר בא עליה וקנאה מה"ת ושניהם רוצים ביבום יאמרו יחדיו ויקדש אותה לפני עדים כשרים ויכניס אותה לחופה בברכת ארוסין ונשואין ולא תתעגן בת ישראל ולא תבא משפחתה לבוז וקלון והתינוק יתגדל תחת השגחת אביו כנלע"ד להלכה ולמעשה:

שם סעיף א' בהג"ה ואם שניהם רוצים ביבום אין מניחין אותן ליבם, עיין ברש"י ביבמות דף ל"ט שסובר דאם שניהם רוצים ביבום מניחין אותן ליבם, ונראה דרש"י סובר כרמב"ן בגיטין דף א' ד"ה על אחד נאמן באיסורין שהקשה שם כיצד מוספרה לה שנאמנת האשה אף נגד חזקת איסור ותירץ דשאני התם שמתוך שנאמנת על עצמה נאמנת נמי לבעלה אבל בשאר עדיות מנא לן עש"ה לפ"ז אם שניהם רוצים ביבום ואומרים על עצמם שמכוונים לשם מצוה למה לא נאמין להם אף באתחזק איסורא דאשת אח, וטור ור"ת פליגי על האי תירץ של הרמב"ן וסוברים כתירץ השני של הרמב"ן דהתם אי אפשר להביא עדים לפסיקת זיבתה ונדתה לפיכך האמינה התורה ואין למדין לשאר עדיות שאין דנין אפשר משאי אפשר ע"ש והכא אפשר בחליצה אין סומכין על עדות של כל א' ואחד שמעיד על עצמו שמכוון למצוה כיון דאתחזק איסורא איסור אשת אח, גם יש לאמר דפליגי בפלוגתא דרמב"ן וריטב"א ונמ"י ביבמות כ"ב לרמב"ן שם הוא לאבא שאול אם אינו מכוון למצות איסור כרת והולד ממזר, ולריטב"א ונמ"י שם מודה אבא שאול לרבנן דמה"ת אף לשם נוי ולזנות קנאה וקיים העשה רק מדרבנן צריכי' לכוון למצות יבום ובדיעבד אף בלא כוונה מהני ע"ש ועיין בפי' המשניות לרמב"ם סוף פרק קמא דבכורות וברע"ב שם שכתבו כהרמב"ן דלא"ש אם אינם מכוונים למצות יבום נשאר איסור אשת אח במקומו ופוגע בערוה ע"ש לדידהו יש לאמר כר"ת דלא סמכינן על דבורם של היבם שאומרים שמכוונים כ"א צריכים לידע בבירור שמכוונים, אבל לריטב"א ולנמ"י דגם א"ש מודה דמה"ת א"צ לכוון ובדיעבד מהני בלא כוונה די באמירתם לסלק האיסור הקל של כתחלה בעלמא, גם יש לתלות בסברת נב"י ח"א באה"ע סי' כ"ד שכ' דגם לא"ש א"צ לכוון לשם מצוה כ"א סתמא כמי מהני ורק כשבועל לשם נוי הוא היפך כוונה ופוגע בערוה ע"ש ורש"י סובר כנב"י לכן מהני אמירתם וסומכין שיבעלו סתמא כדרך רוב בני אדם, ור"ת לית ליה סברת נב"י וסובר שצריכים לכוון בהדי' לשם מצוה לסלק איסור אשת אח ואין ע"א נאמן שנעשה איזה דבר לסלק איסור שמוחזק לפנינו, אבל אי ביאה סתמית מהני לא"ש הלא ידעינן שבא עליה, גם עיין בשבות יעקב ח"ג באה"ע סי' קל"ה שכ' לא"ש אם מכוון לשם נוי ולשם מצוה די וא"ש אוסר כשמכוון רק לשם נוי ע"ש ויש לתלות סברת שב"י בפלוגתא דרשב"א ור"ן בנדרים דף ע"ו הרשב"א שם סובר מי שבועל לקיים מ"ע דפ"ו במודרת הנאה לא עבד איסורא דאמרינן מצוה לאו להנות ניתנה דהנאת הגוף כלא נחשבת לגבי קיום המצוה והנאת קיום המצוה לאו הנאה היא, והר"ן שם חולק עליו וסובר דעבד איסורא דהנאת הגוף נחשבת הנאה ע"ש לרשב"א כשבועל לשם נוי כשמכוון גם למצוה מהני דאז הנאת גופו כלא נחשבת והעיקר שבעל לשם מצוה, משא"כ לר"ן מבטלת כוונתו לנוי להנאת גופו כוונת המצוה וי"ל דרש"י סובר כרשב"א ור"ת כהר"ן וחיישינן לתערובות שיתערב אצלו גם כוונה לשם נוי וצריכין לידע שכוונתם רק לשם מצוה ועיין ביבמות ל"ט דרש"י מפרש הא דאמר שם רב אין כופין קאי לאבא שאול דחליצה קודמת ובכל זאת אין כופין אותו לחלוץ כששניהם רוצים ביבום ור"ת שם שחולק ומפרש דרב קאי לרבנן דא"ש דמצות יבום קודמת ובכל זאת אם אינו רוצה ביבום אין כופין אותו ליבם ע"ש וק' לי הלא ביבמות דף ג' מדייק הגמרא שם למה תנן במתניתן פוטרין מן החליצה ומן היבום ולא אמר מן היבום ומן החליצה ומשום האי דיוקא מוקמינן מתניתן כא"ש דחליצה קודמת ע"ש וא"כ יש לדייק אי רב כרבנן דא"ש קאי איך שם קדלאתי קמי דרב אמר אי בעי חלוץ אי בעי יבם מדהקדים חליצה ליבום הלא מוכח כרש"י דרב קאי לא"ש דחליצה קודמת דאי כרבנן היה לו להקדים אי בעי יבם אי בעי חלוץ:

ועיין ברשב"א ביבמות ל"ט שהקשה על רש"י שסובר שאם היא ממאנת והוא רוצה ליבם שכופין לחלוץ הלא תנן ביבמות דף ק"ו חליצה מעושה פסולה ושם בכפיה על פי

דין דומי' דגט מעושה דכשר והניח בצ"ע והא דלא הקשה הרשב"א קושיתו על מתניתן דהתם תנן אם אין האחים רוצים חוזרין וכופין את הגדול ואומרים לו או חלוץ או יבם, התם הברירה בידו או ליבם או לחלוץ והוא בוחר בחליצה אין כאן חליצה מעושה אבל לרש"י דכופין לחלוץ הקשה קושיתו, אך הלא ביבמות ק"ו מסקינן דבחליצה אם כופין אותו עד שיאמר רוצה אני החליצה כשרה ויש לאמר לרש"י שכופין אותו עד שיאמר רוצה אני, ונראה עפ"י מה שכתב הרמב"ם בפרק ב' מה' גרושין ה' כ' דישראל רוצה לעשות המצות רק שיצר הרע תקפו ומסית אותו כשמכין אותו ואומר רוצה אני וודאי תשש כחו של יצרו ונעשה ברצונו ממש ע"ש והא תינח כשאומר איני מיבם ואיני חולץ ורוצה לבטל מ"ע לגמרי אז אנן סהדי דזהו רק מעשה יצר הרע ומכין לבטל היצר, אבל כשרוצה ליבם לקיים מצות עשה דיבום רק היא ממאנת אין זה מעשה יצר הרע ולא מהני כשמכין אותו ואומר רוצה אני דאף אז לא הוה ברצונו והוה אונס אף באומר רוצה אני ושפיר הקשה הרשב"א על רש"י ועיין ביש ש"ש ביבמות ל"ע שחידש שם דאפילו לא"ש רק היבם צריך לכוון לשם מצוה אבל היבמה אינה צריכה לכוון למצוה ע"ש אך עיין ברש"י ביבמות ל"ע ד"ה אמר רב שכתב דכיון דאתיא לאו למצוה מכווניס מדכתיב בלשון רבים משמע שסובר דצריכין כוונה גם ביבמה:

שם סעיף ב' יבמה שנדרה הנאה, עיין בתשו' תשב"ץ חלק ב' סי' ר"ם שכ' בנודרת הנאה לכשיותר הנדר שאם לא היה לה היתר אפילו לאחר שהותר הנדר לא היתה בת חליצה שכל העולה ליבום עולה לחליצה וכל שאינה עולה ליבם אינה עולה לחליצה ע"ש ודבריו צ"ע הלא בשבועות דף כ"ז ע"ב אמר רבא בנשבע על ככר ב' פעמים שלא לאכלו אם נשאל על הראשונה עלתה שניה תחתיה ע"ש ברש"י שכ' משום שהחכם עוקר הנדר מעיקרא ולא היתה כאן שבועה מעולם ועיין בש"ך בי"ד סי' רל"ח ס"ק כ"ו שכ' בשם מהר"ש מינץ דבהפרת בעל לא חלה שבועה שניה דבעל מיגז גייז ע"ש לפ"ז לאחר שהותר נדרה ע"י חכם כיון שהחכם עוקר הנדר מעיקרא והוה כאלו לא נדרה מעולם הוה בשעת נפילה עולה ליבום וחליצה כשרה, ועיין ברשב"א ריש יבמות בא' שבא ע"י אדם לא שייך ביה אינה עולה ליבום:

שם בסעיף הנ"ל או שנדרה הנאה מכל היהודים, עיין בבית מאיר שתמה כיון שאסרה עליה הנאת כל היהודים אסורה לנשא ולמה כופין לחלוץ או מבקשים לחלוץ שלא תתעגן הלא בכל אופן תתעגן ע"ש ונראה דהיא לא אסרה על עצמה רק אותן היהודים שהיו אז בשעת נדרה כבר בעולם אבל לא נדרה מן אותן שיולדו לאחר הנדר שלא היו בעולם בשעת הנדר לפ"ז אם נכרי מגייר עצמו אחר שנדרה דגר כקטן שנולד ביום גרותו עליו לא נדרה ומותרת ליכנסא לו ולא תתעגן משום נדרה ולכן כופין או מבקשים לחלוץ לה:

סימן קס"ו

סעיף א' היבמה הולכת אחר היבם, עיין במשנה למלך בפ"ד מה' יבום ה"א שמסופק אם אין בית דין במקום היבם אם היבם צריך לילך למקום היבמה שבעירה יש ב"ד או לב"ד מומחה קרוב לעירו ע"ש ועיין בב"ח כאן שכ' בהחלט שאם אין ב"ד בעירו ויש ב"ד בעירה שצריך הוא לילך לפני ב"ד שבעירה, ואם גם בעירה ליכא ב"ד צריכין לילך לפני ב"ד הסמוך לעירו:

שם סעיף ב' מן התורה א"צ לקדשה עיין בב"ש ס"ק ב' שמביא בשם רש"י ביבמות דף כ"ב וכ"כ הנמ"י שם דאף שעושה מאמר בכסף לאו קידושין גמורין הן כקדושי תורה שהרי אין קדושין תופסין באשת אח ע"ש יש לעיין לרמב"ם בפי' המשניות סוף פרק ראשון דבכורות וברע"ב שם שכ' לרבנן דא"ש מיד כשמת האח בלא בנים אזלה איסור אשת אח, ועיין בריטב"א ביבמות כ' שכ' ג"כ דלאו מטעם דעשה דיבום דוחה לאיסור אשת אח כ"א התורה התירה אשת אח כשמת בלא בנים וע"ש לפ"ז במקדש בכסף לרבנן דא"ס יקנה מה"ת כמו בשאר אשה דאיסור אשת אח אזל בשעת מיתה ורק לא"ש דהאיסור נשאר במקומו עד שמיבם לשם מצוה כמ"ש הרמב"ם שם לא יקנו הקדושין דאין קידושין תופסין בחייבי כריתות ויש לאמר לא"ש לא תיקנו חז"ל קידושין ורק לרבנן דא"ש שרוב הפוסקים כמוהם תיקנו קידושין ויש לתרץ בזה קושי' תוס' ביבמות דף כ"ב ד"ה אם בעל שהקשו ממתניתן דריש קדושין היבמה נקנה בביאה וכן ממתניתן דיבמות כ' ע"ש די"ל הך מתניתן אתי' כא"ש דהא ביבמות דף ג' מוקמינן הך מתניתן כא"ש ע"ש ומשא"כ להלכתא דקי"ל כרבנן דא"ש י"ל דבעי קדושין קודם ביאה, ומיושבים דברי רש"י שם ד"ה והתני' לוקה שכ' דס"ד דלוקה מדאורי' והקשו תוס' עליו מהך מתניתן ע"ש די"ל דמתני' אתי' כא"ש ולרבנן דא"ש ס"ד דקדושין מה"ת הם ולפי מה שכ' הב"ש דמש"ה אין קדושין תופסין מה"ת משום דאיכא איסור אשת אח יש לתמוה על סוף דבריו בס"ק הנ"ל שכ' די"ל דהרמ"א קאי אבסמוך על הבבא וא"צ לקדש ע"ש וקשה ומאי מהני כשמקדש אחר שבעל בלא עדים הלא לפי מה שכ' הב"ש כאן הביאה בלא עדים לא קני' מה"ת כ"א מדרבנן ונשאר איסור אשת אח עדיין כמקדם ואין קדושין שאחר הביאה תופסין מה"ת באיסור אשת אח ולא הועיל כלום כשמקדש אח"כ, אלא צריך לבעול פעם שנית לפני

עדים

עדים ואז אזלה איסור אשת אח וא״ל לקדושין אחר הביאה דהפריצות נעשה בביאה ראשונה:

שם סעיף ב' בהג״ה וצריכה ג״כ חופה אחר קדושין, עיין ביבמות דף כ״ב לא הזכיר ר״ה כלום מחופה כ״א שהיבם צריך לקדש את יבמתו ואח״כ יבעול וכן בטור ובמחבר לא הזכירו ויש לאמר דדי בקדושין לחודא דכל הטעם משום פריצות שלא יתחיל בביאה כ״א יקדים הקדושין, אך ברמב״ם בפ״ב מה' יבום ה' ב' כ' כשם שמקדש את יבמתו כך מברך ברכת נשואין בעשרה וכו' ה״ה שם שכן כ' העיטור בשם גאון, ועיין בביאורי הגאון רא״ו אות ז' שהוציא כן מיבמות כ״ט ע״ב דשם אמרינן דבעי קדושין וחופה אך היא בכ״ע דשם קיימינן לב״ש דמאמר קונה קנין גמור לכן בעי קדושין וחופה אבל לדידן דתיקנו לקדש רק משום פריצות יש לאמר דדי בקדושין לחודא ע״ש אך יש סברא לאמר בהיפך דעיין בקדושין דף מ״ד פליגי רבי ורבנן לרבי מאמר קונה אף שלא מדעתה ולרבנן רק מדעתה וע״ש דרבי יליף מאמר מיבום דקונה בע״כ ורבנן סוברים דילפינן מקדושין דעלמא דבעי מרצונה וע״ש בריטב״א שהקשה איך שייך ליליף מאמר מיבום הלא יבום מה״ת ומאמר רק מדרבנן ע״ש ונראה דעיין בירושלמי ריש פרק ב' דיבמות הלכה א' דילפינן מאמר מקרא דכתיב ולקחה לו לאשה היינו מאמר ור״ש מספקא ליה שם אי מאמר גומר או לא, ור״א בן ערך פשיטא ליה דמאמר קונה קנין גמור מה״ת ע״ש וי״ל דרבי סובר מאמר ילפינן מולקחה לו לאשה וכיון דכתיב יבמה יבא עליה ולקחה לו לאשה אתקש מאמר ליבום דקונה אף שלא מדעתה ורבנן סוברים דולקחה לו לאשה קאי איבום דיבום קונה אותה ומאמר רק מדרבנן בעלמא ולא דמי ליבום כ״א לקדושין דעלמא ובזה פליגי נמי ב״ש וב״ה לב״ש מאמר קונה לגמרי דיליף מאמר מולקחה לו לאשה והוה מאמר מה״ת, וב״ה סובר כרבנן דרבי אינו אלא דרבנן, לפ״ז לב״ש אמרינן כרבי דמאמר איתקש ליבום וקונה שלא מדעתה וכמו דביבום א״צ חופה ה״ה במאמר א״צ חופה ולרבנן ולב״ה דמאמר רק מדעתה כמו בקדושין וכמו דהתם בעי חופה ה״ה במאמר, ועיין במהרש״א יבמות ק״א ע״ב על תוס' לא נסתרה שפירש דבריהם דביבמה ליכא כניסת חופה:

שם בסעיף הנ״ל בהג״ה ודוקא שבא עליה בפני עדים, עיין בביאורי הגאון רא״ו שהקשה על הרמ״א ב' קושיות, חדא דבתוס' קדושין י״ב ע״ב ד״ה משום פריצותא מבואר דא״צ עדים על הביאה ע״ש הגאון מפרש בקושי' תוס' כדרך השני שכ' השער המלך בפ״ב מה' יבום ה״ד דקושיתם כיון דביבום א״צ עדים אין כאן פריצות לר״ת אך השעה״מ והנב״י תנינא באה״ע סי' קמ״א דחו הפי' הזה ומפרשים בהיפך דקושי' תוס' דמאי הועילו חז״ל בתקנתן שיקדש היבמה בעדים הלא בכל זאת צריך ליבם בעדים ע״ש וכולם העלימו עין מתוס' הרא״ש ביבמות כ״ב דשם מבאר הרא״ש הקושי' דכיון דבכל אופן צריכין עדים ביבום מאי הועילו חכמים בתקנתן ע״ש מבואר דלא כהגאון מהרא״ו וכנגד פי' השני של שעה״מ, ועיין בריטב״א בקדושין י״ב שהק' ג״כ הקושי' כך ע״ש ועוד הקשה הגאון מהרא״ו מיבמות כ״ח דשם מקשינן אם היבם בא עליה בבית חמיה בזנות שומרת יבם קרית ליה אשתו מעלי' היא ומאי קושי' הלא י״ל דבעל בלא עדים ולא קנאה ע״ש ונראה לא״ש דסובר בבועל לזנות או לשם נוי פוגע באיסור אשת אח אין היבם כאן שבא עליה לשם זנות בלא עדים דהא פגע בערוה ואין אדם משים עצמו רשע וע״כ צריכין להיות עדי יחוד והן הן עדי ביאה ויש לן עדים על הביאה ושפיר מקשה בגמרא:

שם בב״ש סק״ה כתב מיהו יש לאמר אף אם היה אסור מדאורייתא ליבם לשם נוי מ״מ קונה אותה ע״ש הנה הב״ש העלים עינו מהרמב״ן ביבמות ל״ט שכ' מפורש לאבא שאול אם בעל לשם נוי לא קנאה ע״ש ורק הריטב״א והנמו״י ביבמות כ״ב כתבו דקנאה אף לא״ש דרק מדרבנן צריך לכוון לשם מצוה ומה״ת אף לנוי ע״ש והנה הרמב״ן אזל בזה לשיטתו דעיין ברמב״ן קדושין דף י״ד שמקשה שם על הרי״ף איך אפשר שיקנה הארוס בביאה אחר קדושין לשם נשואין הלא כלה אסורה בלי חופה כנדה וביאה דאסורה לא קני' כמו דאמרינן ביבמות כ״ט מאמר דאיסורא לא קני' וכן כתבו שם הרשב״א והר״ן והריטב״א דביאה דאסורה לא קני', ומה שכ' הריטב״א ביבמות כ״ב דלא״ש כשבעל לשם נוי קנאה כ' הטעם דגם לא״ש רק מדרבנן ולכתחלה בעלמא צריך לכוון לשם מצוה וליכא איסור מה״ת ע״ש ואיך כ' הב״ש דאף אם איכא איסור דאורייתא לשם נוי מ״מ קנאה וצ״ע:

ועיין בר״ן בקדושין דף ס״ג אם אמר אני קדשתיה כאמן אף דאין דבר שבערוה פחות משנים זהו דוקא אם באים להוציאה מחזקתה הראשונה משא״כ כאן דמעמידה בחזקתה ע״ש לפ״ז בביאה יבמה א״צ עדים דהא כל זמן שהיה בעלה חי היתה אסורה לכ״ע וכשמת בלא בנים נשארה זקוקה לאחיו ונשארה עדיין באיסור לעלמא והוה בחזקת איסור לעלמא ואם היבם בא עליה ליבמה מחזיק אותה בחזקת איסור לעלמא כמקדם ובכה״ג להר״ן א״צ עדים אף בדבר שבערוה ורק להוציא מחזקתה צריכין ב' עדים לכן ביבום א״צ עדים, אבל בחליצה שבא להוציאה מחזקת איסור ולהתיר אותה לעלמא צריכין עדים להוציאה מחזקת איסור להיתר, לפ״ז יש ליישב הר״ת שכ' משום פריצותא משום דבעי עדים בביאה והקשו בתוס' קדושין דף י״ב עליו הלא ביבום בכל אופן צריכים עדים בביאה

מאי

מאי הועילו חז"ל בתקנתן שתיקנו לקדש תחלה ע"ש ובזה ניחא די"ל כ"ת סובר כהר"ן שהבאתי וא"ל עדים על ביאת היבם ולפ"ז גם בהאמור שעושה היבם ביבמתו א"צ עדים דאינו מפקיע אותה מחזקת היתר לאיסור:

שם סעיף ט' בהג"ה י"א שהבא על יבמתו צריך לברך, עיין בב"ש שמברכין עובר לעשיה דלא חיישינן שתחזור בו ע"ש לפי דבריו קשה למה אין מברכין גם בחליצה דהוה ג"כ מ"ע, לכן נראה דביבום דא"ל לדעתה דאף אם בא עליה שלא מדעתה בע"כ קנאה וקיים העשה דיבום ותלי' קיום העשה רק בדידיה ולא בדעת אחרים לכן מברך משא"כ בחליצה דאין חוללין אלא מרצונה ותלי' בדעת אחרים שמא לא תרצה ותחזור לכן אין מברכין, ועיין בש"ך ביו"ד סי' י"ט סק"ג שכ' אחר שנגמרה המצוה אין לברך, ובברכת ארוסין שמברכין משום דהברכה אינה על מצוה זו על קדושין הללו כ"א על הכלל שלומו על העריות ע"ש ויש להביא ראי' שאין מברכין אף על היבום, דעיין בתשו' שבות יעקב חלק ג' באה"ע סי' קל"ה שכ' דאף לאבא שאול אם מכוון לנוי וגם למצות יבום די בזה ע"ש ואיך אמר א"ש השתא דמכוונים לנוי ופוגעין בערוה חליצה קודמת הלא קודם שבועל מברך אשר קב"ו על ביאת יבמה הלא בברכתו אומר בפירוש שמכוון בביאתו עכ"פ גם למצות יבום אע"כ דאין מברכין על יבום:

סימן קס"ז

סעיף א' קטן פחות מבן ט' אין ביאתו כלום ומבן ט' שנים ויום אחד ואילך ביאתו קונה ביבמתו כמאמר בגדול, בזה פליגי הראשונים אי בן ט' קונה מה"ת את היבמה ורק חז"ל גרעו והחלישו קנינו ואמרו שאין ביאתו אלא כמאמר בגדול וזהו שיטת הרמב"ן בנדה דף מ"ה וביבמות ל"ו, ומיוחס ר"ן בנדה שם כ' כרמב"ן ובתוס' גיטין דף מ' ע"ב ד"ה וכתב ליה הביאו בשם הרשב"ם דיבם קטן קונה יבמתו מה"ת ע"ש ובתוס' קדושין דף י"ט נקטו כן מרש"י שם דסובר דקנאה מה"ת והרמב"ן ביבמות ל"ו כ' דיש סתירה במשמעות ליסנא דרש"י דשם משמע מלשונו דסובר דרק מדרבנן קונה, ותוס' בקדושין י"ט ד"ה ומדאורייתא חולקים וסוברים דכל קנין של בן ט' בביאתו רק מדרבנן ומה"ת אינו קונה כלל וכן כ' הרשב"א ותוס' רי"ד שם וכ"כ הריטב"א ביבמות ל"ו, וכן כ' הרע"ב בנדה פרק ה' משנה ה' דיבם בן ט' שבא על יבמתו אינו מאכיל אותה בתרומה ולרמב"ן ודעימי' למה לא יאכיל הלא קנאה מה"ת הלא הרמב"ן כ' שם דיורשה ומטמא לה ומטמאת מת דאורייתא היא וע"ש בתי"ט שכ' אחר שהביא הרמב"ן ולדבריו נראה דאף יורשה ומטמא לה ע"ש ולא ראה הרמב"ן בהדי' דשם מפורש כן בהדי', וע"ש בפי' המשניות לרמב"ם שכ' שאינו מאכיל אם כהן קטן בן ט' נשא ישראלית משום שאין קנינו קנין גמור ע"ש מדלא כ' כרע"ב שהיבם בן ט' אינו מאכיל משמע דסובר כרמב"ן דקנאה מה"ת ומאכיל לכן פירש אם כהן קטן בן ט' נשא אשה, אך לשונו קשה וכן לשון הרע"ב שם שכ' כיון שאין קנינו קנין גמור והלא בנשואין אין ממש כלל בקנינו כמבואר ביבמות ל"ו במשנה שם וכן כ' הרמב"ם בפ"ח מה' תרומות, ויש להביא ראי' לרמב"ן ודעימי', דאי כשאר ראשונים דרק מדרבנן קונה יש להקשות למה לן קרא דאיש למעט שאין קטן חולץ עיין ביבמות ק"ה הלא בלא"ה נדע כיון שמה"ת אינו יכול ליבם עד שיגדיל וכל שאינה עולה ליבום אינה עולה לחליצה אע"כ דביאתו מהני מה"ת והוא בר יבום וקס"ד כיון שעולה ליבום יעלה לחליצה לריכין קרא למעט מחליצה, ואם תאמר דבלאו קרא הוה קס"ד כיון דביאתו ביאה להרוג בביאתו אשת איש שגם ביאתו מהני ליבום דסתמא כתיב יבמה יבא עליה מי שהוא בר ביאה אף קטן ולריכין קרא לגלות שאינו בר חליצה ומשם ילפינן ליבום דיבום עדיף מחליצה דג"כ אינו בר יבום, הא תינח לר' יוסי ביבמות ק"ה דסובר דקטנה בת חליצה יש לאמר דילפינן יבום מחליצה וכמו דבחליצה קטנה בת חליצה הוה כמי בת יבום מג' שנים ואילך, אבל לר"מ שם דמוקמינן אשה לאיש והכי קיי"ל דקטנה פסולה לחליצה אם כילף יבום מחליצה איך מכשרינן קטנה בת ג"ש ליבום, אך יש לאמר דלריכין קרא דאיש לר"מ לקטנה דהיא בת יבום וקס"ד דהיא ג"כ בת חליצה אשמעינן קרא דלחליצה פסולה אבל לקטן א"צ קרא, ולר' יוסי באמת י"ל דילפינן יבום מחליצה, אך מב"ב דף קנ"ו יש ראי' לרמב"ן דשם אמרינן ביבם קטן בן ט' שבא על יבמתו דלריך לגרש בגדלותו דלריכין לבדקו אם הביא שערות כשבא לי"ג שנים ואי כל הביאה רק מדרבנן קונה והגט ג"כ רק מדרבנן אמאי לא נסמוך בדרבנן אחזקה דרבא שודאי הביא שערות ולרמב"ן ניחא דמה"ת קנאה ולריך לגרשה מה"ת ובדאורייתא אין לסמוך אחזקה דרבא כמבואר בנדה דף מ"ו:

ועיין ברמב"ן ביבמות ל"ו שבנה יסודתו על הירושלמי דמש"ה קנה יבם בן ט' מה"ת משום דביבום א"צ דעת דאפי' בשוגג ובאונס קונה ובהכי דבעי דעת אין קטן קונה דלאו בר דעת ע"ש והנה לפי מה שכ' הרמב"ן ביבמות דף נ"ט דמתניתין ביבמות נ"ג דקי"ל כותיה דיבום מהני אף בשוגג ואונס אתי' רק כרבנן דא"ש דאף לשם נוי קונה משא"כ לא"ש דאמר דלשם נוי פוגע בערוה והולד ממזר ובעי דוקא כוונה לשם מצוה אם בא היבם בשוגג ובאונס בלי דעת על יבמתו לא קנאה ע"ש לפ"ז הרמב"ן דקאי להלכתא דיבום לא בעי דעת וגם הירושלמי קאי אליבא דרבנן דא"ש שפיר קנאה הבן ט' בביאתו מה"ת

אבל

אבל לא"ש דסובר דיבום בעי דעת ודאי אין ביאתו קונה מה"ת כ"א מדרבנן, ובזה מובן מאי דמספקא ליה לר' שמעון ביבמות ל"ו אי ביאת יבם בן ט' קונה מה"ת או לא קונה ע"ש די"ל דמספקא ליה אי כרבנן דא"ש דיבום אף באונס קונה ואז ביאת קטן בן ט' קונה מה"ת או כא"ש דבעי גם ביבום דעת וקטן בן ט' שאינו בר דעת לא קנה, ובזה מסולקים ב' קושיות הרמב"ן ביבמות ל"ו על רש"י שם דשם סובר רש"י דאינו קונה מה"ת והלא ביבמות ס"ח ובקדושין י"ט אמרי' דקטן קונה מה"ת, וגם הק' דרש"י סותר עצמו דבקדושין י"ט כ' דקנה מה"ת ע"ש דרש"י לשיטתו ביבמות ל"ט דפוסק כא"ש שפיר כ' ביבמות ל"ו דקטן אינו קונה מה"ת דבעי דעת, וביבמות ס"ח ובקדושין י"ט אזלי' לרבנן דא"ש דלא בעי ביבום דעת אמרינן דקנה מה"ת ולכן כ' שם רש"י דקנה מה"ת ולפ"ז לרש"י ולר"ת ולרא"ש וטור דפוסקים כאבא שאול אף לסברת רמב"ן לא קנה היבם מה"ת, ולפ"ז יש להקשות עיין בב"ש סי' ק"ע ס"ק י"ב שכ' אם ביאת קטן מדרבנן אמאי יקנה אפילו מאמר הלא אמרו הטעם דמש"ה מאמר קונה שלא יאמרו ביאה לא קני' ובקטן הלא מה"ת לא קני' והטו דרבנן אין לגזור ע"ש לפ"ז מאי מקשינן ביבמות ל"ו ע"א דאמרינן שם דמאמר של קטן פוסל מברייתא דתני' קטן פוסל רק בביאה ולא במאמר ע"ש ומאי קושי' הלא י"ל הך ברייתא אתי' כא"ש והביאה של קטן לא קני' מה"ת לכן גם מאמרו לא קני' והכך דאמרו דפוסל במאמרו קאי לרבנן דא"ש דלא בעי דעת ביבום וקונה הקטן בביאה מה"ת לכן יש לו מאמר, גם יש לעיין על טעמו של רמב"ן הלא ביבמות דף ק"ד ע"ב אמרי דבי ר' ינאי דחליצת אילם ואילמת פסולה משום דאינם באמר ואמרה ומקשינן שם והלא קריאה אינה מעכבת ומתרצינן דכל בראוי לבילה אין בילה מעכבת אבל אילם דאינו ראוי לקרות הקריאה מעכבת והכי קיי"ל, לפ"ז גם בקטן יש לחלק כך, אף דלרבנן דא"ש הדעת ביבום אינה מעכבת משום דהיבם ראוי לדעת שהוא בר דעת והיה יכול לכוון ליבום, אבל קטן שאינו בר דעת ואינו ראוי לכוון אף אם ירצה יש לאמר דמעכב ואינו קונה בביאתו מה"ת, וגם קשה לי לרמב"ן מיבמות ל"ו ע"ב דמקשינן שם ויעשו ביאת בן ט' כמאמר ומתרץ שם רב לא עשו כמאמר ושמואל ור' יוחנן תירצו עשו רק דפליגי תנאי ע"ש ולרמב"ן קשה מאי תירץ רב כהי דלא עשו חז"ל ביאת קטן כמאמר הלא קנה בביאתו מה"ת ליבמתו ואשתו שלקח בגדלותו היא מה"ת צרה ליבמתו ואם אחר מיתתו חלצו אחיו ליבמתו אסורה הצרה מדאורי' כיון שלא בנה שוב לא יבנה, גם לשמואל ור' יוחנן קשה איך אפשר להתיר צרת חלוצה וכי משום שהחמירו חכמים ועשו ביאתו כמאמר מותרת זו תהיה להקל ולהתיר איסור דאורי' דצרת חלוצה אסורה מה"ת ביבום, ורק לפמ"ש לעיל דגם לרמב"ן לאבא שאול לא קנה הקטן מה"ת וי"ל דאתי' הך מתניתן כא"ש ורב אמר לא"ש לא עשו ביאתו כמאמר ושמואל ור' יוחנן אמרו עשו כמאמר ואפ"ה מותרת השני' ביבום ותנאי היא הך מתניתן ביבמות ל"א אתי' כרבנן דא"ש וקנאה מה"ת בביאתו ואסורה השני' ביבום, ומתניתן דהכא אתי' כא"ש ולא"ש מותרת השניה ליבום:

שם סעיף ב' בן ט' ויום א' שבא על יבמתו אינו יכול לפטור בגט עד שיגדיל ויבא עליה

אא"כ לרמב"ן שהבאתי לעיל בסעי' א' דמה"ת קנאה הקטן בביאתו ודי מה"ת אף בלא בעל בגדלותו בגט ורק מדרבנן דהחמירו ועשו ביאתו רק כמאמר בגדול צריכין ג"כ חליצה, אך אם בעת שבעל היה ספק בן י"ג שנים י"ל דדי בגט לחודא וא"צ חליצה דאמרינן ספק דרבנן לקולא שמא הי' בביאה אחרונה גדול וקנאה אף מדרבנן וא"צ חליצה ודי בגט לחוד ולהחולקים עליו דביאת קטן רק מדרבנן ואם לא בעל בגדלות החליצה מה"ת בספק גדלות צריכין גט וחליצה, ואם אחר שבעל בספק גדלות מת יש לאמר לרמב"ן דמיבמת ולא חולצת דמה"ת בעת שבעל בקטנות קנאה ופסקה זיקה הראשונה ורק מדרבנן נשארה הזיקה הראשונה וכיון דבעל בספק גדלות אמרי' ספקא דרבנן לקולא שהי' גדול כשבעל שנית ונפסקה זיקה הראשונה לגמרי אף מדרבנן ואין כאן אלא זיקה אחת ומיבמת ואין חולצת, ולהחולקים הוה ספקא דאורי' לחומרא וחיישי' שהי' קטן ועדיין יש ב' זיקות וחולצת ולא מתיבמת, וכעין זה אם יבמה ילדה אחר מיתת בעלה וולד ומת בתוך ל' דהחמירו חז"ל דצריכה חליצה יוכל בן י"ג שנים לחלוץ אף בלי בדיקה אם הביא סימנים דבדרבנן סמכינן אחזקה דרבא כיון שהגיע לכלל שנותיו ודאי הביא סימנים כמבואר בנדה מ"ו דבדרבנן יש לסמוך על חזקה דרבא, ואפשר אף אם בדקו אותו אח"כ ולא מצאו שערות כיון דחיישינן שמא נשרו אמרינן ספקא דרבנן לקולא להכשיר חליצה שאינה צריכה רק מדרבנן:

שם באותו הסעיף אינה יכול לפטור בגט עד שיגדיל ויבא עליה, עיין בים של שלמה

יבמות פרק יו"ד סי' ל"ד שכ' שחלילה לבעול כשדעתו לגרשה אח"כ דהא דכתו מקרא אל תחרוש על רעיך רעה והוא יושב לבטח אתך אלא יבעול בגדלותו ותהיה אשתו גמורה ואם רוצה אח"כ לגרשה א"צ חליצה ע"ש וקשה לי עליו מיבמות כ' דמקשינן שם באלמנה מן האירוסין לכה"ג יבא עשה וידחה ל"ת ומתרצי' גזרינן ביאה ראשונה אטו ביאה שני' ע"ש ולמה צריכין לגזור שיבעול ביאה שניה הלא אף אם לא יבעול כיון דביאה שני' אסורה לו ע"כ בביאה ראשונה דעתו לגרשה ואז אף ביאה ראשונה אסורה משל לא תחרש על רעיך רעה אם לא שנחלק דוקא

אם היא יושבת לבעה ואינה יודעת שדעתו לגרשה עושה בביאתו איסור, משא"כ בכה"ג דביאה שניה אסורה גם היא יודעת שיגרש אותה אחר ביאה ראשונה ליכא איסור, ובזה מיושבת ביבמות ל"ז ע"ב רב כי איקלע לדרדשיר ור' נחמן לשכנצב אמרו מאן הוה ליומא והלא אסרו לבעול כשדעתו לגרש ולתירץ שני דלא באו עליהן רק יחודי מיחדי ניחא אבל לתי' ראשון היה קשה, ובזה ניחא כיון שהודיעו להן שהן רק ליומא וידעו שיתגרשו ליכא איסור בביאה, ובאמת אין לדמות ביאת יבום לשאר ביאות דביבום אף באונס מיבמין וביאת אונס אסורה בכל מקום אלא שאני יבום שהתורה חייבתה לבעול יש לאמר שיכול ליבם אף אם דעתו לגרשה אח"כ:

שם באותו הסעיף ואם משהגדיל נשא אשה אחרת ולא בא על היבמה משהגדיל

שתיהן חולצת ולא מתיבמות, עיין ברש"י ביבמות דף צ"ו ע"ב ד"ה וחולץ לשני' שכתב ויבומי לתרווייהו לא הואיל והוה צרתה מקלקלת במאמר דרבנן ע"ש ול"ע הלא רש"י קאי שם לר"ש דמספקא ליה אם אי ביאת בן ט' קונה מן התורה לגמרי או דלא קנה כלל ולית ליה לר"ש דעשו ביאתו כמאמר בגדול כמבואר ברש"י שם ד"ה ור"ש אומר שכ' ואי לא קני' הוה ליה כמי שלא בעל ע"ש והוה ליה לרש"י לאמר לר' שמעון דמספקא ליה שמא קנאה הבן ט' מן התורה ואז הב' נשים צרות גמורות הן ואסור מה"ת ליבם שתיהן מבית אחד דדרשינן בית אחד הוא בונה ואינו בונה ב' בתים ול"ע וע"ש במהרש"א שמשיג על רש"י שכ' שאם זנתה תחתיו נהרגת הלא ביאתו הוה רק כמאמר ודרבנן ע"ש ושכח דרש"י כ' כן על ר' שמעון ולר"ש הלא מספקא ליה שמא קונה הבן ט' מה"ת לגמרי ובכל אופן לר"ש לא הוה ביאת בן ט' כמאמר רק דבקדושין י"ט אמרי' דאם בא בן ט' על יבמתו ובא אחר עליה אינה נהרגת ע"ש אך הא תלי' בפלוגתא דרמב"ן ותוס' שם לתוס' שם הפי' קמ"ל דיבם קטן אינו קונה מה"ת דזה גילה לן קרא, וכן כ' שם הרשב"א, ותוס' רי"ד, אך לרמב"ן הפי' שם אף דבן ט' קונה מה"ת הוה גזרת הכתוב שלא להרוג הבועל, ולפי מה שכ' הרמב"ן ביבמות צ"ו דרש"י שם סובר דבן ט' אינו קונה מה"ת וסובר ג"כ כתוס' דקרא קמ"ל אשת איש ולא אשת יבם בן ט' דלא קנאה מה"ת א"כ לר' שמעון דסובר דבן ט' קנאה בביאתו לגמרי מה"ת ע"כ לדידי' לא בא הקרא למעט אשת בן ט' כ"א אשת יעוד ושפיר כ' דלר"ש להאי צד שקנאה בביאתו לגמרי מה"ת היתה נהרגת:

שם סעיף ד' קטנה מבת ג' שנים ויום א' ומעלה ביאתה ביאה, אבל אינה חולצת עד שתהי' בת

י"ב שנים ובדקוה אח"כ, עיין בלבוש כאן שכ' דמש"ה צריכה להיות גדולה בחליצה משום דחליצה בדידה תלה רחמנא וחלצה כעלו ותפטור בה את עצמה ואין מעשה קטנה כלום ע"ש וק' לדבריו לר' יוסי ביבמות ק"ה ע"ב דאינו מקים אשה לאיש ומכשיר קטנה לחליצה ואמאי הלא אין מעשה קטנה כלום, ור"מ דפליג שם אר' יוסי ואוסר קטנה לחליצה רק משום דמקים אשה לאיש ע"ש גם לא הבנתי דברי הרמב"ם במה שכ' בפרק א' מה' יבום ה' י"ז ואפילו נבעלה אחר י"ב שנה אינה חולצת עד שתבדק וימצא בה הסימנים ע"ש הלא ביבום קטנה בת ג' שנים עולה לגמרי ליבום מה"ת ואין חילק בין נבעלה בגדלות או בקטנות אם היבם גדול די וא"צ חליצה כלל כ"א גט אם רוצה לגרשה, אם לא שנדחוק מאד שכונתו אם היבם קטן ונבעלה בת י"ב שנים דצריכה חליצה אם בודקין ולא נמצא שערות לא תלינן נשרו ע"י ביאה ע"י הדחק והחיכוך כ"א צריכין למצא שערות:

שם סעיף ה' יבם קטן שבא על יבמה קטנה יגדלו זה עם זה, ביבמות דף קי"א ע"ב יליף אביי

מדכתיב יבמה יבא עליה מכל מקום ואפילו קטן ורבא שם לא פליג על אביי רק אמר דבלא זה מוכרח שקטן מותר ליבם ע"ש וק' שם האהל דוד למה לא ילפי' בחולין דף י"א דאזלינן בתר רוב מקרא זה שהתיר לבא קטן על יבמה שלו וגדול על יבמתו הקטנה נחוש למיעוט שמא הוא סריס או שמא היא איילנית והוה איסור אשת אח שלא במקום מצוה אע"כ דאזלינן בתר רוב דאינם סריסים, ע"ש ונראה להרמב"ם שפוסק ספק דאורי' מה"ת לקולא בכל איסורין, ורק בחיובי עשה כתב החוות דעת בסי' ק"י גם לרמב"ם ספק מה"ת לחומרא דצריכין לידע בבירור שנעשה העשה ע"ש לפ"ז התם בחולין ילפי' שפיר מעולה ועגלה ערופה ופרה אדומה וחטאת שהם חיובי עשה דספק מה"ת לחומרא וכן בהריגת נפש דודאי בספק אין הורגין ע"כ דאזלי' בתר רוב משא"כ מיבום אין להוכיח דהכי דחיישינן למיעוט מה"ת הלא גם ספק מה"ת לקולא ומנין לנו דאזלי' בתר רוב היכא דצריכין בירור, ובזה יש ליישב מה דקשה לי אמאי בקטן וקטנה יגדלו זה עם זה הלא הרשב"א והריטב"א הקשו ביבמות קי"ט נסמוך תרי מיעוטים יחדיו מיעוט שאין מתעברות ומיעוט מפילות והוה פלגא ותירצו דמיעוט שאין מתעברות הוה רק מיעוטא דמיעוטא ע"ש וק' לי בקטן וקטנה יחדיו הלא יש לנו לחוש לב' מיעוטים חדא שמא הוא סריס שנית שמא היא איילנית ויחשבו לפלגא ואף לרבנן דר"מ דלא חיישי למיעוט הוה להוא לחוש ואין לאמר דכל חדא אינו אלא מיעוטא דמיעוטא כמו שתירצו שם דאז היה קשה על ר"מ דאוסר אף באחד גדול ואחד קטן משום דחייש למיעוט והלא במיעוטא דמיעוטא אף ר"מ לא חייש אע"כ דכל אחד בפני עצמו הוה מיעוט גמור, ואם

תאמר

תאמר הלא בשניהם קטנים קטן אוכל נבלות אין ב"ד מצווין להפרישו ובא' מהם נתגדל ליכא אלא חד מיעוט, עדיין היה קשה להך מ"ד ביבמות קי"ד דסובר ב"ד מצווין להפרישו, שנית הלא תוס' כתבו בשבת דף קכ"א ע"א ד"ה ש"מ קטן דרק כשלא הגיעו לחינוך אין ב"ד מצווין להפרישו, אבל בקטן שהגיע לחינוך צריכין להפרישו ע"ש ואיך מתירין הכא עד שיגדלו שיהיו יחדיו הלא כל ביאה אסורה, אך לפמ"ש לעיל דאפילו אם נצטרף ב' מיעוטים יחדיו והוה ספקא אף לרבנן הוה מה"ת לקולא ניחא דתוס' שם כתבו בהדי' דרק בדאורי' צריכין להפרישו ולא באיסור דרבנן ועיין ברשב"א יבמות קי"ד כיון דלמ"ד ב"ד צריכין להפרישו באיסור דרבנן א"צ להפרישו, להך מ"ד דאין ב"ד מצווין להפרישו מותר להאכיל איסור דרבנן בידים ע"ש לפ"ז מותר להשיא יבם הקטן ויבמה קטנה יחדיו דאיסור דרבנן מאכילין בידים, אך כל זה לרמב"ם וסיעתו דספק מה"ת לקולא אבל להחולקים עליו עדיין יש לעיין מה דקשה לי:

שם סעיף ו' יבמה שנתיבמה ואומרת בתוך ל' לא נבעלתי אעפ"י שאומר בעלתי וגרשה כופין אותו שיחלוץ ושם בהג"ה ואפילו מודה לדבריה שלא בעל צריכה גט וחליצה דכל כנוסה בחזקת בעולה, עיין בה"ה פ"ב מיבום הלכה ה' שכ' בתוך ל' אפי' שניהם אומרים שלא נבעלה אינם נאמנים נגד חזקה דהא סמכינן על האי חזקה שבעלה אף לקולא להתיר הצרה אף ששניהם אומרים בתוך ל' שלא נבעלה ע"ש בה"ה שהניח בקושי' למה לא הביאו הרי"ף והרמב"ם האי דינא דצרה מותרת ע"ש ומירושלמי יבמות פי"ג הלכה י"ד מוכח נגד ה"ה דשם אמר לר"מ חזקה לא בעל, ושם מבואר בירושלמי דוקא באמר בתחלה בעלתי ואח"כ חזר ואמר לא בעלתי אבל אם אמר משעה הראשונה לא בעלתי שניהם יכולים לעקור החזקה וזהו דלא כה"ה, ויש לאמר דע"ש בירושלמי ר"א מוקי מתניתן כר"מ וזהו כר' יוחנן ביבמות קי"א ואינו מביא כלל הא דרבה דמתניתן אתי' כר' יוסי ע"ש לפ"ז י"ל הירושלמי דקאי אר' מאיר לר"מ ליכא חזקה בתוך ל' שבעל דאדם מוקים אנפשי' עד תלתין יומין לכן בשניהם אומרים שלא נבעלה מהני לעקור החזקה אבל לדידן דקי"ל כרבה דמתניתן כר' יוסי ולר' יוסי הוה חזקה שמיד בעל ולא מהני אפילו אם שניהם אומרים שלא נבעלה וצריכה גט, אך עדיין קשה הלא רבה אמר דרק בנשואה שהיתה מקודם ארוסתו דגיס בה סובר ר' יוסי דהוה חזקה שבעל מיד אבל ביבמה מבזז בזיז מינה ובוש ממנה ליכא חזקה אף לר' יוסי בתוך ל' ורק לאחר ל' יום דכבר הוא עמה שלשים יום כבר גיס בה ומאז הוה חזקה, גם הלא ר' יוסי לא פליג אר"מ רק בנסתרה אבל בלא נסתרה אפילו לזמן רב יכול לטעון בכה"ג ליכא חזקה אף לאחר ל' לר' יוסי, ונראה בזה דעיין בירושלמי כאן שסובר דלא כגמ' דידן כ"א דפלוגתא דר"מ ורבנן בסתם בדלא ידעינן אם נסתרה או לא ולדעתי הירושלמי אזל בזה לשיטתו וגמ' דידן לשיטתו, דעיין בתוס' יבמות קי"א ע"ב ד"ה לא נסתרה שפירשו ב' פירושים בפי' ראשון פירושו לא נסתרה היינו בסתם שלא ידעינן אם נסתרה בזה גם ר"י מודה דליכא חזקה, ורק בידעינן שנסתרה בודאי אז פליג ר' יוסי דהוה חזקה שבעל מיד, ובפי' שני פירשו לא נסתרה שידעינן בודאי שלא נסתרה ובזה לא פליג ר"מ, ובסתם שלא ידעינן אם נסתרה זהו נקרא נסתרה. בזה פליגי ע"ש וק' לי לפי' ראשון למה לא מתרצינן דמתניתן בסתם בדלא ידעינן שנסתרה ובזה לר' יוסי ליכא חזקה שבעל מיד, ונראה לר' יוחנן דמוקי מתניתן כר"מ ואינו מחלק בין נשואה ליבמה סובר כפי' שני של תוס' דבסתם הוה נסתרה לכן מוקי כר"מ ולא כר' יוסי ובירושלמי דאמר שם ר"א כר' יוחנן דמתניתן ר"מ קאמר דבסתם פליגי ולא נסתרה היינו שידעינן בודאי שלא נסתרה דבזה גם ר"מ מודה, ולרבה דמחלק בין יבמה לנשואה דביבמה בוש ממנה סובר כפי' ראשון של תוס' דנסתרה היינו שידעינן בודאי שנסתרה ואז הוה חזקה בנשואה שבעל משא"כ ביבמה אף בנסתרה ליכא חזקה שבעל, דמבזז בזיז מינה, ועפ"ז אפשר לתרץ קושי' ה"ה על הרי"ף והרא"ש שלא הביאו הא דר"כ דהצרה לא נאסרה די"ל ר"כ סובר בזה כר' יוחנן וכר"א דאין חילק בין יבמה לשאר נשואה ובסתם סובר ר' יוסי חזקה שבעל מיד ולכן הצרה לא נאסרה דסמכינן על האי חזקה אף לקולא, משא"כ לרבה דמחלק דביבמה מבזז בזיז ליכא חזקה ביבמה שבעל בתוך ל' והצרה נאסרה כשאומרים שלא נבעלה דלא סמכינן על האי חזקה לקולא ביבמה, ויש לאמר שה"ה סובר להלכתא כר' יוחנן ור"א דהם רבים נגד רבה ואין חילק בין יבמה לנשואה דעלמא והוה חזקה אלימתא לר' יוסי בסתם ולכן אף כששניהם אומרים שלא נבעלה צריכה גט עם חליצה והצרה לא נאסרה ויש לתלות שיטת ה"ה בב' תירוצי תוס' ביבמות קי"ט ד"ה ר"מ היא בתי' ראשון תירצו דסוגי' דהתם אזלה אליבא דרבא ולרבינא בבכורות כ' בהמת רוב מתעברות לא הוה רובא וכן מחליט שם הרמב"ן כתי' ראשון של תוס' דלרבינא ליכא רובא ומתניתן כרבנן דר"מ והלכה כמתניתן ע"ש ובתי' ב' שם כתבו דבאיש ואשה גם רבינא מודה ע"ש בתירץ ראשון סוברים תוס' דרק רוב בועלים מיד ומיעוט מוקמיה אנפשיה זמן טובא ולא יבעלו לכן הוה רובא דתלי' במעשה כיון דאיכא מיעוט דלא תלי' במעשה ובתירץ שני חידשו דליכא מיעוט כ"א כל איש ואיש בא על אשתו רק דרוב מתעברות מהביאות ומיעוט לא יתעברו מהביאות וכיון דאף מיעוט עושה

המעשה אף דבינא מודה ע"ש לפ"ז לתי' ראשון הוא חזקה שבעל מיד רק רוב דרק רוב בועלים וכמו דרובא דתלי' במעשה לא מהני גם חזקה דאתי' רק מכח האי רובא לאו חזקה אלימתא היא, משא"כ לתי' ב' של תוס' הוא חזקה מכח כל דכולם בועלים והוא חזקה אלימתא כמ"ש ה"ה, ולפ"ז ב' פירושים של תוס' כאן תלוים בב' תירוצי תוס' ביבמות קי"ט דפי' ראשון סובר כתי' ראשון של תוס' דהוא רובא דתלי' במעשה ואיך אמר ר' יוסי' דהוא חזקה שבעל מיד לכן פירשו רק בידעינן שנסתרה אבל בסתם לא הוא חזקה דבנסתרה כיון דידעי' בודאי שעשו מעשה סתירה דזהו תחלת ביאה אמרי' שגמרו המעשה ובעל אותה אבל בסתם דלא ידעינן אם נסתרה הוא רובא דתלי' במעשה ולא הוא רוב, ובפי' שני סוברים כתי' שני דאף מיעוט יבעלו ולא מוקמי אנפשי' לכן אף בסתם אמרי' שכל אדם מסתיר עצמו עם אשתו ובא עליה והוא חזקה אלימתא אף בסתם ולפמ"ש הרמב"ן כתי' ראשון ע"כ סובר כפי' ראשון של תוס' דוקא בידעינן שנסתרו הוא חזקה, והנה תוס' כתבו שם בפי' ראשון שלא ידעינן שנסתרה אף שנכנסו לחופה כונתם דחופה לא הוא יחוד הראוי לביאה, אך לרמב"ם דסובר דחופה הוא יחוד הראוי לביאה קשה טובא איך מחלק ר' יוסי הלא כיון שנשא אשה ונכנסה לחופה ונתיחד עמה יחוד הראוי' לביאה הלא זהו נסתרה ואיך אמר בלא נסתרה ליכא חזקה הלא נכנסה לחופה ועיין בשלטי גבורים כאן והרמ"א בסי' קס"ו פסק כמוהו דצריכים ב' עדים על היחוד ורק אז הביאה קני' ע"ש לפ"ז מתורץ מה שהקשתי על פי' ראשון של תוס' למה לא מתרצינן דמתניתן כר' יוסי ומיירי בסתם שלא ידעינן שנסתרה דבכה"ג מודה ר' יוסי דליכא חזקה הלא אי ליכא עדי יחוד לא קני' בביאה וע"כ יש עדים שנתיחדו וע"כ מתניתן כשידעי' שנסתרה ומוכח מפי' ראשון של תוס' כמ"ג, ולרבא אף בידעינן שנסתרה מבזז בזוז ומחמת בושה לא בא עליה, גם יש לאמר לפי מאי דמחלקינן הכא בין תוך ל' לאחר ל' דבתוך ל' מוקים אינש אנפשי' אבל לאחר ל' לא יש לאמר תוך ל' יש מיעוט שלא יבעלו והוא רוב מתעברות תלי' במעשה אבל לאחר ל' גם מיעוט ליכא שלא יבעלו ואז הוא רוב מעלי', והגמ' ביבמות קי"ט שפיר מקשה אמתניתן באשה שהלך בעלה וצרתה למדה"י דאסורה ליכנס אמאי אסורה בשהה עם צרתה יותר מל' דאז הוא רוב מעלי', ועפמ"ש לעיל לפרש ב' תירוצי תוס' ביבמות קי"ט מתורץ לי מה דקשה לי הלא פלוגתא דר"מ ור' יוסי אם הבעל טוען להפסיד כתובתה ושפיר י"ל דמתניתן כר' יוסי דגם ר' יוסי מודה בלא נסתרה לאחר ל' הוא רוב שבועלים ורק מיעוט שלא יבעלו ובממון דלא אזלינן בתר רובא להוציא ממון יוכל לטעון שלא בעל עדיין להפסיד לה הכתובה ויחזיק בממונו, משא"כ במתניתן דדנין רק לענין איסור אזלינן בתר רובא אחר ל' שבעל וצריכה מדינא רק גט ורק משום דהיא אמרה שלא נבעלה ושוי' אנפשי' חתיכה דאסורה מבקשין ממנו שיחלוץ לה, ואי דהוה רובא דתלי' במעשה ולאו רובא הוה הלא בתירוץ ב' כתבו דגם רבינא מודה באיש ואשה ולפי פירושי לעיל ניחא דבתי' ב' חידשו תוס' דהוה כל באיש ואשה ואף אחד אינו שלא יבעול מש"ה מודה רבינא לפ"ז מש"כ אי אחר ל' לר' יוסי ליכא אלא רוב הא הוה תלי' במעשה וגם באיסורא לא מהני, ואי הוה כל אף בממון מהני דרק ברוב אין מוציאין אבל בכל מוציאין, ולרבא דסובר בבכורות י"ט דרובא דתלי' במעשה הוה רוב מעלי' באמת יכולין לתרץ כן והסוגי' אזלה כהלכתא כרבינא:

ועיין בירושלמי כאן שמסופק אם טוען שבעל והיא אמרה שלא נבעלה אם יורש נכסי אחיו המת ע"ש והנה אם האב של המת קיים יש לאמר שיחלוקו הוא ואביו דאם לא בעל האב היורש ואם בעל הוא היורש והוה ממון המוטל בספק ויחלוקו, ואם הסבא כבר מת וישנו כאן אחים יש לאמר כיון דהוה ודאי יורש אף אם לא בעל מצד אחוה ואם בעל יורש הכל והם לא יירשו כלום אין ספק מוציא מידי ודאי, או שנוטל רק חלקו שמגיע לו בכל אופן והשאר יחלקו בשוה הוא נוטל החצי' משאר נכסים והם יחדיו החצי':

סימן קס"ח

סעיף א' משייבם היבם את היבמה הרי היא כאשתו לכל דבר שיכול להוציאה בגט ויכול להחזירה,

עיין ביבמות ל"ט דמקשינן מחזירה פשיטא, סד"א מצוה דרמי' רחמנא עליה עבדה השתא תיקום עליה באיסור אשת אח קמ"ל ואימא הכי נמי אמר קרא ולקחה לו לאשה כיון שלקחה הרי היא כאשתו לכל דבר ע"ש יש לעיין לפי מה שכתבו הרמב"ם והרע"ב בפירושם סוף פרק קמא דבכורות על פלוגתא דאבא שאול ורבנן, לא"ש איכא איסור אשת אח עד שהיבם בועל יבמתו לשם מצות יבום ואם בועל לשם נוי או לשם ממון פוגע בערוה, ולרבנן דא"ש מיד כשמת האח בלא בנים נפסק האיסור דאשת אח אף אם בועל אח"כ לנוי מהני, ועיין ברמב"ם בפ"א מה' יבום ה' י"ב שכ' ג"כ כן להלכה כרבנן כשמת האח הותר אי' אשת אח לגמרי מכל נשיו, ויש לעיין לרבנן דא"ש איך ס"ד אחר שבעל וקיים מצות יבום שיחזור איסור אשת אח למקומו הלא לא ניתר האיסור ע"י הביאה כ"א כבר במיתת האח נסתלק האיסור לגמרי כיון שאין לו בנים ואיך יחזור האיסור אחר הביאה וכי בביאה ניתר האיסור הלא רק ע"י מיתה ניתר ועדיין מת הוא ולא ישוב לחיותו? ונראה בב' אופנים

אופנים חדא לעיין ביבמות דף ג' דמוקמינן שם המתניתן כאבא שאול לפ"ז י"ל ה"כ הך מתניתן דהכא אתי כא"ש ולדידי' דנשאר איסור אשת אח אף לאחר מיתת האח במקומו וניתר רק ע"י ביאה לשם מצות יבום שפיר סד"א דאחר קיום המצוה חוזר האיסור לאיתנו קמ"ל אבל לרבנן הוה משנה שאינה צריכה, שנית כראה דעיין בהרב המגיד בה' יבום פ"א ה' י"ב שתמה שם על הרמב"ם שפוסק דחלוצה לא נאסרה לחלוץ רק מדרבנן דמן התורה כשמת האח הותר אי' אשת אח לגמרי ע"ש הלא ביבמות מבואר בב' מקומות בהדי' דהוה מחייבי לאוין ולר"ע אין קדושין תופסין בה ע"ש ויש לאמר דבהנך ב' מקומות אזלו לא"ש דאי' אשת אח לא ניתר כ"א ע"י הביאה וכיון דלא ייבם כ"א חלץ נשאר איסור דאורי' כמקדם רק דגלתה התורה דכרת ליכא אבל הלאו במקומו עומד, אבל להלכתא דקי"ל כרבנן דא"ש כ' הרמב"ם כיון דאיסור אשת אח ניתר לגמרי מה"ת ע"י המיתה שוב אי אפשר שיחזור אף אם לא ייבם כ"א חולץ ורק מדרבנן אסרו אותה על החלוץ, לפ"ז ה"כ סד"א כמו שאסרו חז"ל החלוצה על החלוץ, תאסור גם הגרושה אם גירשה היבם מדרבנן קמ"ל ומקשינן אימא ה"כ, ומתרצינן דהתורה כשאמרה ולקחה לו לאשה התירה אותה בהדי' ואין כח ביד חכמים לאסור מה שהתירה התורה בהדי' כמו שכ' הט"ז בי"ד סי' קי"ז ע"ש:

דיני חליצה

סימן קמ"ט

שם סעיף א' מצות חליצה בג' דיינים ואפילו הם הדיוטות, עיין בירושלמי יבמות ריש פרק מצות חליצה שמקשה כתיב זקנים ואת אמר הדיוטות ע"ש לכאורה מוכח מהירושלמי כנגד מה שכתבו תוס' ביבמות דף ק"א ד"ה מבעי ליה דזקנים משמע זקני השוק דע"ש בפני משה שמפרש כוונת הירושלמי אריסא דקרא דונקרא שמו בישראל אפילו ישראל כל דהוא ע"ש ה"כ כוונת הירושלמי בקושיתו ארישא דקרא דכתיב השערה וכוונתו כמו שתירצו תוס' ומסיק הירושלמי שם דמצוה בזקנים ורק בדיעבד כשרה החליצה בהדיוטות אם לא נמצאו זקנים, ומש"ס דילן מוכח דלא כירושלמי דאל"ה מאי מקשה הגמרא מאחר דילפינן הדיוטות דיינים למה לי, הלא י"ל המצוה בדיינים גמורים רק בדליכא די בהדיוטות, אע"כ דהש"ס דילן סובר דאף לכתחלה לא בעי דיינים מומחים ולכן לא כתבו הפוסקים דבעי למצוה דיינים מומחים, ועיין בריטב"א שם שכ' דיש תרי מיעוטים למעט הדיוטות, חדא זקני העיר, והזקנים, ואין מיעוט אחר מיעוט אלא לרבות הדיוטות ע"ש וכעין זה מתרץ הירושלמי על קושיתו מסוכה דגרים חייבים בסוכה ומתרץ דבסוכה ישנו ב' מיעוטים למעט גרים ואין מיעוט אחר מיעוט אלא לרבות גרים ע"ש ובחליצה איכו מתרץ כן כ"א מדכתיב ונקרא שמו בישראל לרבות הדיוטות, ועיין שם בירושלמי שמביא דאית תנא דסובר חליצה בגרים כשרה ע"ש ויש לאמר הך תנא סובר כרבנן דר' יודא דמרבינן הדיוטות מזקני עירו ויש לן ב' פעמים בישראל למיעוט אחר מיעוט לרבות גרים, והך תנא דפוסל גרים סובר כר' יודא דבישראל לרבות הדיוטות ולית לן רק חד מיעוט בישראל למעט גרים:

שם סעיף ב' כמלא אחד מהם קרוב או פסול, עיין בביאורי הגאון ר' אלי' ווילנא אות י"ז שכ' כיון דבעדים נמלא אחד מהם קרוב או פסול בטלה כל העדות, ה"ה בדיינים כן הוא ע"ש אך עיין ביבמות דף ק"ד ע"ב במתניתן ברש"י שם ד"ה חלצה בשניים שכתב דאם נמלא בשלשה קרוב אחד כשאר שניים ובשניים החליצה פסולה וכן כתב הרע"ב שם מוכח מדבריהם דבדיינים לא אמרינן בנמלא אחד מהם קרוב דבטלו כל הדיינים, ועיין בהגהות משנה למלך בפרק י"א מה' עדות שכתב דבדיינים לא אמרינן כן:

שם באותו הסעיף גר פסול ואפילו היה אביו גר ואמו ישראלית, נשאלתי בעיר שאין שם רק רב ולא דיינים קבועים ונמלאו שם שני בני תורה ואחד מהם הוא שחוקי מעיר שרוב נכרים ואמו אמרה ברי שמישראל נבעלה אי יש לצרפו לג' דיינים בחליצה בפרט שהיבמה היא עניה ואין לה לשלם ההוצאות להביא ממקום אחר דיין, ועוד זאת שהיבמה ילדה בן אחר מיתת בעלה שנגמרו סימניו רק שמת תוך שלשים ע"י חולי' ומתוך כך לריכה חליצה וחליצה כזו איכה מן התורה רק רבנן החמירו שחיישו למיעוט נפלים, והשבתי עיין בב"י כאן שמביא בשם סמ"ק וכל בו שמכשירים באמו ישראלית אף שאביו

שאביו אינו מישראל וכו' הב"י שזהו טעות סופר וצריכין להגיה באביו ישראל ואמו גיורת דבהיפך לכ"ע פסול ע"ש ועיין בב"ש שמשיג על הב"י דליכא ט"ס כ"א דמכשירים באמו ישראלית לחודא והא דאמרינן בגמרא דיבמות דף ק"ב עד שיהיו אביו ואמו מישראל וי"ו מחלקת והוה כמו או, אביו או אמו מישראל ע"ש, ולי נראה דעיין ברמב"ם בפרק ד' מה' יבום ה' ה' שכ' וז"ל ואם אחד מן הג' גר פסול ואפי' היה אביו גר ואמו ישראלית לא תחלוץ עד שיהיו אביו ואמו מישראל ע"ש ומדלא כתב מיד ואם אחד מן הג' גר ואפילו היה אביו גר ואמו ישראלית פסול כי אם מתחלה כתב ואם אחד מן הג' גר פסול ואח"כ כתב ואפילו אמו מישראלית לא תחלוץ נראה שדעתו שאם הוא גר שנולד מגרים או מנכרים ונתגייר הוא ואינו כלל מישראל אז פסול לגמרי, אבל אם אמו ישראלית אז לא תחלוץ לכתחלה עד שיהיו אביו ואמו מישראל אבל בדיעבד החליצה כשרה, וזהו דעת הסמ"ק והכל בו, לפ"ז גם בשתוקי דאמו ודאי ישראלית יש להכשיר החליצה בדיעבד, ובנידן דידן שהיה ליבמה ולד אחר מיתת בעלה שנגמרו שיניו רק שמת בתוך ל' שכל החליצה רק מדרבנן דחיישינן לרשב"ג דחיים למיעוט נפלים יש לאמר דבשתוקי בנידן דידן נוכל לצרפו לחליצה כזו, ומצאתי בתשו' אמ"ו בח"ס אה"ע חלק ב' סי' ל"ד שכ' בשתוקי אפילו באומרת ברי לי שנבעלתי מישראל היכא דאיכא רוב כשרים בעיר אינה נאמנת להכשיר בנה לחליצה ע"ש לא זכיתי להבין הלא בכתובות י"ג ע"ב אמרינן לר"ג נאמנת אפילו ברוב פסולים אצלה ואפילו על בתה נאמנת להכשירה לכהונה, והכי קיי"ל בש"ע אה"ע סי' ו' ולמה לא נאמין לה על בנה להכשירו לחליצה שנבעלה מישראל והוה אביו ואמו מישראל, ואין כאן רוב ודאי דהא אפשר דאזלה היא לגביהו ואז הוה קבוע כמחצה על מחצה, ובנידן דידן דכל החליצה רק מדרבנן עכ"פ מידי ספקא לא נפקא אם נבעלה לישראל או לנכרי ונימא ספקא דרבנן לקולא להכשיר חליצה דרבנן בשתוקי, ועוד זאת עיין בירושלמי כאן שמביא חד תנא שמכשיר גר גמור אף בחליצה דאוריתא, לכן בצירוף הכל בו וסמ"ק ורמב"ם שפרשתי לעיל יש להתיר לצרף השתוקי בחליצה דרבנן, עיין בתשו' תה"ד סי' רכ"ו שכ' שגרות וקורבא פוסל אף בנוספים והוכיח כן מיבמות ק"א ע"ב רב שמואל בר יהודה הוה קאי קמי דר"י ורצה לצרפו למנינא ואמר לו גר אנכי ע"ש הנה מלבד שהעלים עינו מריטב"א וכמ"י שם שמחלקים בין התם למקום אחר משום כבודו של ר' שמואל לא רצה ר"י להפרידו מדיינים, אבל כשנפרדים הנוספים מהדיינים אפילו גרים ופסולים כשרים ע"ש עוד זאת עיין ברא"ש שגורס אחר שהשיב רב שמואל גר אני, אמר ליה לפרסומי מלתא, ועיין באור זרוע ריש הלכות חליצה שגורס ג"כ כגירסת הרא"ש שר"י השיב לו שא"ל לו אלא לנוסף לפרסום בעלמא וגם גר כשר, וע"ש שמביא ראי' מתשובתו של ר"י דאצל הנוספים אף גרים ופסולים כשרים ע"ש ולפ"ז אין ספק אצלי שיש לצרף עכ"פ השתוקי לב' הנוספים:

שם באותו הסעיף בהג"ה י"א דאסור ליקח שכר מחליצה דהוה כמו דין, עיין בתשו' נב"י ח"ב באה"ע תשו' קי"ד שכ' דמותר להב"ד ליטול שכר בעד סידור הגט דרק בשעת הנתינה ליד האשה בעי ב"ד ולא בשעת הסידור ולא הוה דין ויכולים לקבל שכר בעד סידור הגט ע"ש לפ"ז יש לאמר הלא בחליצה צריך הרב ביום שלפני החליצה ללמד להיבם והיבמה הפסוקים כדי שידעו לקרותם כדין וכדת ושיהיו מורגלים בפיהם, גם צריך להראות להיבמה איך תחליץ איך תתיר הלולאות והרצועות ואיך תגביה בשמאלה הרגל ותחלוץ בימינה, ולכנוס אם המנעל של חליצה מכוון לרגלו ואם הולך תחלה בימינו שאינו איטר בעד טרחא זו יכול ליקח שכר רק שיאמר ליבם וליבמה שמה שנוטל אינו נוטל בעד החליצה כ"א בעד יום שלפניו שטורח כמה שעות עמהם:

סעיף ה' יש קובעים, עיין בט"ז סק"ה שכ' שאם אמרו בשעת קביעות שהברירה תהיה באיזה יום שנרצה דלא הוה קביעות דקי"ל אין ברירה ותמה על הדרישה שמתיר בהג"ה ע"ש ודבריו צ"ע הלא הא דצריכין לקבוע מקום אינו אלא מדרבנן כמבואר בסעיף ד' דאם לא קבעו מקום החליצה כשרה ובדרבנן קי"ל יש ברירה ורק באיסור דאורי' לא שייכינן אברירה והדין עם הדרישה:

שם סעיף יו"ד צריך שידעו שהוא י"ג שנים, עיין בלבוש כאן שכ' כבר אמרנו שקטן אינו מיבם שמא ימצא סריס ויבמה קטנה שמא תמצא איילנית וקי"ל כל העולה ליבום עולה לחליצה וכל שאינו עולה ליבום אינו עולה לחליצה לפיכך צריך שידעו הדיינים שהיבם בן י"ג ע"ש ודבריו תמוהים בזה פליגי ר"מ ורבנן ביבמות קי"ע וחולין י"א ר"מ סובר חיישינן למיעוט סריסים ולמיעוט איילנית וקטן וקטנה לאו בני יבום ורבנן פליגי דאזלינן בתר רובא ואפי' לכתחלה בני יבום נינהו וקי"ל כרבנן ואפילו ר"מ לא חייש למיעוט מן התורה כ"א מדרבנן אבל מה"ת בני יבום נינהו וראי' לדבר דר"מ בעצמו אמר ביבמות ק"ה ע"ב דמש"ה אינם בני חליצה משום דאיש כתיב בחליצה למעט קטן ומקשינן אשה לאיש ע"ש ולר' יוסי שם דלא מקיש אשה לאיש באמת קטנה חולצת ע"ש ואנן קי"ל בזה כר"מ דמקשינן אשה לאיש וצריכי' בחליצה שיהיו גדולים ודברי הלבוש תמוהים, ועיין בתוס' בקדושין דף ס"ג ע"ב ד"ה בני זה שהביא בשם ר"י דבמקום שימנים א"ל לעדות שנים ע"ש הטעם יש לאמר דקיי"ל תוך זמן כלפני הזמן והשערות סומא נינהו, ועיין באור זרוע ה' חליצה
סי'

סי' תרע"ב דרוב שערות אינם שומא ואזלינן בתר רובא דהם סימנים והגיעו לשנים, ויש להקשות הלא חזקה דרבא הוא ג"כ רוב דרוב שהגיעו לשנים יש להם שערות ואמאי לא סמכינן אחזקה דרבא לענין חליצה כמבואר בהלה מ"ו, ויש לאמר התם הטעם דאף דאיכא רובא כל היכא דאיכא לברורי מבררינן לכן צריכים בדיקה, משא"כ התוס' קאי בדליכא לברורי דאין כאן מי שיודע אם החלוץ והחלולה הגיעו לשני גדלות כתבו דיש לסמוך אסימנים דרוב שערות אינם שומא, אך הרא"ש שם בקדושין מביא בשם ר"י דהיכא דאיכא שערות סמכינן על האב שאומר שבנו בן י"ג ולא סמכינן אשערות לחודא, ויש לאמר הרא"ש סובר הא דלא סמכינן אחזקה דרבא בחליצה לאו משום דאיכא לברורי כ"א משום דסמכינן המיעוט שאין מביאין שערות כשיגיעו לי"ג לחזקת קטנות שעד עתה קטן היה, ובמגלאו שערות ג"כ אמרינן סמוך מיעוטא דשערות שהם רק שומא בעלמא לחזקת קטנות לכן בעינן אמירת האב וסמכינן על אמירתו כיון דמה"ת לא אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה ורובא עדיף מחזקה ורק מדרבנן אמרינן כן ובדרבנן די באמירת האב, ותוס' יש לאמר סוברים כהאור זרוע שם דכ' דחזקת קטנות לאו חזקה היא הואיל וממילא אזלה לה ונעשה גדול וכן כ' הש"י טראני בחלק א' סי' י"א דחזקת קטנות לאו חזקה היא, ויש לתמוה שלא הזכיר כלל בש"ע דעת התוס' ודעת הרא"ש, ואפשר משום דאין אנו בקיאין בבדיקות שערות דבעינן גומות ואנן לא בקיאין בגומות, אך עיין בב"ש סק"י כאן שחולק על הב"ח דרק בגומות בלא שערות אין אנו בקיאין אבל לבדוק אם יש גומות תחת השערות אנו בקיאין ע"ש והב"ש העלים עינו מאור זרוע ה' חליצה סימן תרע"ב שכתב והיכא שהגיעו לכלל שנותיהם והביאו שערות אלא שאין אנו יודעים אם יש גומות קטנות במקום יניקת השער מן הבשר פסק רבנו יצחק בר"ש הואיל שאין בקיאין להכיר בגומות אם יש ריבוי שער וגם גדולות כאיש ואשה סגי' ע"ש וגם כ' עוד הטעם שאף בשערות אין אנו בקיאין בגומות וצריכים דוקא ריבוי שער ע"ש ומהאי טעמא יש לאמר לא הובאו בש"ע דברי תוס' ורא"ש דכיון דצריכין ריבוי שיער אז ודאי א"צ לידע שהגיעו לשנים כמבואר במרדכי דסומכין אבדיקת נשים לענין בדיקת ריבוי שיער בדלא ידעינן שהגיעו לשנים ועיין בדרכי משה כאן אות ע' שהקשה על המרדכי הלא כל הטעם דנשים נאמנות על השערות מבואר בהלה מ"ח משום שידעינן שהגיע לשנים והוה חזקה דרבא, אבל כשלא ידעינן שהגיעו לשנים למה נסמוך אנשים, ותירץ דהוה מלתא דעבידא לגלוי ולא משקרי איכשא ע"ש, ועיין בחידושי רמב"ן שכתב ג"כ דמש"ה נשים נאמנות משום דהוה מלתא דעבידא לגלוי, והקשה הב"ש סק"ז הלא שם מבואר דלר' יודא דסובר תוך הפרק כלאחר הפרק לא סמכינן אנשים בתוך הפרק כשאמרו שיש שערות לחליצה ולמה לא נאמין להן למה לא נימא גם בכה"ג דהוה מלתא דעבידא לגלוי ואף בלא חזקה דרבא נאמנות וכן אמרינן שם לר' שמעון דלית ליה חזקה דרבא אין נאמנות אפילו בידעינן שהגיעו לשנים ואמאי לא הא הוה מלתא דעבידא לגלוי ע"ש ונראה הא דחיישינן לנשרו דוקא על ב' שערות כדי לכוף ראשון לעיקרן שהן מעט ותלושות שלא נשרשו עדיין בחוזק יש לחוש שע"י חכוך ינשרו, אבל בריבוי שערות או בשערות ארוכות וחזקות שינשרו בחוזק אין לחוש שנשרו, לפ"ז כשנשים מעידות על ריבוי שערות או על שערות ארוכות הוה שפיר מלתא דעבידא לגלוי דאם נבדוק אחריהן ולא ימצאו שערות נגלה שקרותן לעיני כל, דאין להתכלל שכל השערות הרבות נשרו ולא נשארו אף ב' מהן, אבל כשמעידות רק על ב' שערות כדי לכוף ראשון לעיקרן לא הוה עבידא לגלוי דאם נבדוק ולא ימצאו יתכללו שנשרו אח"כ לכן אינן נאמנות על ב' שערות אבל על ריבוי שערות או על שערות ארוכות נאמנות, ועיין בתשו' אמ"ו בח"ם בח"ב אה"ע תשו' פ"ו שכ' שהיה הכחשה בין הרב המסדר חליצה שראה ריבוי שערות ובין רב אחר שלא מלא כלום כ' דאין כאן הכחשה דאמרינן שנשרו אחרי שראה אותן הרב המסדר ע"ש וזהו נגד מה שכתבתי וחלילה לי לחלוק על רבי רשכב"ה אך תורה היא וללמוד אני צריך איך כתבו כל הראשונים דבנשים הוה מלתא דעבדא לגלוי אם גם בריבוי שערות אמרינן שנשרו, ועיין שם בתשו' הנ"ל שכ' אמ"ו אם נתחזק ע"י האב קודם חליצה שבנו בן י"ג שנים די בכך וא"צ לעדות אחרת ורק כשאומר האב בשעת החליצה אינו נאמן ע"ש ול"ע הלא בש"ע כאן סעיף י"א מפורש בהיר היטב רק בנתחזק שלא עפ"י האב מהני אבל עפ"י האב לא מהני וכן הוא במרדכי פרק מצות חליצה בשם ספר התרומות, ומה שמביא אמ"ו ראי' מבנה על כתפה דסוקלין, עיין באור זרוע ה' חליצה שכ' דמשם ליכא ראי' דהתם הוה מעשה וליכא נגד חזקה, אבל אמירה בעלמא שאומר האב שבנו הוא בן י"ג ואמירתו כנגד חזקת קטנות יש לאמר דלא מהני ע"ש, ועיין בכנ"י חלק א' באה"ע סי' ל"ג שכ' כמה פעמים שם להרא"ש האב נאמן לאמר שבנו בן י"ג שנים ורק למכות ולעונשין אינו נאמן ע"ש ונעלם ממנו הרא"ש בקדושין דף ס"ג ע"ב שמקשה שם אם האב אינו נאמן למכות ולעונשין א"כ כל יבם קטן שהגדיל ואין שנותיו ידועים לנו עפ"י עדים לא נסמוך על דברי האב עכ"ה מפורש ברא"ש כנגד הכנ"י כ"א דחליצה ליכא כמכות ועונשין:

שם סעיף י"א אם הוחזק בעיני השכנים שלא ע"פ האב, עיין במג"א סי' תקע"א סק"ג שכ' איתא בגמ' בקדושין ס"ד דהאב נאמן על שנותיהם

אבל

אבל אחר אינו נאמן אלא אם יש ב' עדים וכן כ' הרמב"ם בפ"ב מאישות עש"ה ודבריו תמוהים אללי דלא נמצא כן לא בגמרא ולא ברמב"ם והא דנקט שם אב ע"ש בחידושי הרשב"א שכ' לרבותא נקט אב אעפ"י שהוא קרוב בכל זאת נאמן לנדרים ולהקדשות ועד אחד דעלמא כ"ש דנאמן ע"ש ועיין בתוס' כ"ד שם שכתב ואפילו אחר נמי דקים ליה בגירור נאמן רק נקט אב משום דסתם אב יודע וכן כתבו הרמב"ן והריטב"א שם דע"א נאמן באיסורין רק מהתוס' בלאוד שם ד"ה נאמן יש לדייק דרק אב נאמן שתירצו דאב דייק טפי לדעת שני בניו עשאו כבידו ולא לאחרים משמע דלאחרים אינם נאמנים, ועיין שם בריטב"א שכ' ומיירי דאייתי שתי שערות דלא"ה קטן הוא ע"ש ול"ע הלא קיי"ל מופלא סמוך לאיש דאורייתא כמבואר ברמב"ם פי"א מה' נדרים ה"ד ולוקין אחרים על הקדשו ונדריו לפ"ז אפילו לא הביא ב' שערות דקודם י"ג השערות רק סומא הם ובכל זאת כשקטן הגיע לי"ב וקטנה לי"א שנים נדריהם והקדשן ותרומתן קיימין מה"ת אף בלא סימנים ואם אחרים אוכלים מהם לוקין כמבואר בנדה דף מ"ו ע"ב שאני התם באמת למה נקט בגמ' בני זה י"ג שנים ובתי י"ב שנים לנדרים הלא די לנדרים בבן י"ב ובבת י"א והא דנקט אבל לא למכות ולעונשין היינו שאין לוקין אחרים אם אכלו דרק אם ידעינן בבירור שנותיהם שהם מופלא סמוך לאיש לוקין אבל על אמירת האב לחוד אין לוקין ורק לענין לאסור מה שנדרו והקדישו והחרימו האב נאמן, ועיין שם במג"א שכ' שמשמע בגמרא דאם אין יודעים שנותיו אין נדרו נדר והקשה נימא ספקא דאורייתא לחומרא ע"ש ובהשקפה ראשונה אמרתי לתרץ דמוקמינן את הספק בחזקת קטנות דעדיין קטן הוא, אך חזרתי הלא מופלא סמוך לאיש דמה"ת נדרו נדר והקדשו הקדש הוא לכל מילי קטן ואין חזקת קטנות מתנגדת נגד זה אם נאמר שהוא מופלא סמוך לאיש דבזה אין מוציאין אותו מחזקת קטנות ועדיין קשה קושי' מג"א וכנראה דעיין בריטב"א שם שכ' אע"ג דאיכא אפוקא ממונא מיניה נאמן כיון דסתמא ידע איכם בשני בניו ע"ש לפ"ז י"ל ומש"ה צריכין לנאמנות האב להוציא ממנו ממון שהקדיש ושנדר ושהחרים ושהעריך, אבל לאסור אסרינן באמת משום ספק אף בלי עדות של אב מה שנדר והקדש רק שמספק אין יכולים להוציא ממנו ממונו, גם עיין באור זרוע ה' חליצה תרע"ב שמביא בשם ר"ת דהאב אומר שהגיע לי"ג והיה לו שערות ונשרו וכעת אנו רואים שאין לו שערות ע"ש ובזה מסולקת קושי' תוס' ורא"ש שם בקדושין ס"ד שהקשו שם על ר"י ונדחקו שהאב אומר על שנה ועל שנתים מקודם שהיה לו אז שערות ע"ש ועפ"י הא"ז ניחא שאומר על עתה שאין לו שערות רק שאומר שנשרו, לפ"ז בלא עדות האב אין לחוש דרוב שערות אינן נושרין ולמיעוטא לא חיישינן דאף למ"ד חיישינן שנשרו היינו בידעינן בוודאי שהגיע לכלל שנותיו דאיכא חזקה דרבא אבל בלא ידעינן לא חיישינן לנשרו, אך גם ע"ז יש להקשות הלא מופלא סמוך לאיש דאורי' אף בלא שערות וכמוש מספק שמא הגיע לי"ב שנים:

והנה בזמננו מחוק המלכות צריכין לכתוב בספר זכרונות שנקרא (געבורטסמאטריקען) כל הנולדים זכרים ונקבות באיזה ימים אחר שנולדו ושם כותבים באיזה שנה ובאיזה יום בחודש נולד כל אחד ועליהם סומכין כל הערכאות בכל ענינים שונים כי הספרים והסופרים (מאטריקענפיה-רער) נאמנים הם, ויש לעיין אם יש לסמוך על המטריקען גם לענין חליצה שמשם נתברר היטב באיזה שנה ובאיזה יום בחודש נולד ואף להנך שסוברים דחליצה הוה דבר שבערוה ואין דבר שבערוה פחות משנים כיון שנתברר האמת וכי יגרע זה מהוחזק בשכונתיו, דבשלמא לענין קדושין וגיטין צריכין שיהיו בקדושין ובגרושין ב' עדים לקיום הדבר דבלא עדים אף שידעינן בבירור גמור שקידשה או גרשה כאין נחשבים הקדושין והגרושין ובגוף החליצה צריכים ג"כ ב' עדים לקיום החליצה, אבל לידע השנים כיון שידעינן בבירור שהגיע לשנים א"צ לבדוק רק אחרי השערות, ועיין במרדכי פרק מצות חליצה שמביא בשם רבנו יואל שכ' דאם האב מעיד על השנים מצרפין עמו עד אחד כשר ע"ש ואף שהאב הוא קרוב ואין כאן ב' עדים כשרים, עיין בבה"י ח"א באה"ע סי' כ"ד היכא דאיכא רגלים לדבר אף בדבר שבערוה ע"א נאמן והוכיח כן ממסוטה בקינא לה ונסתרה די בע"א שנטמאה משום דיש רגלים לדבר שזנתה ע"ש לפ"ז יש לאמר עדות האב שיודע שני בניו הוא עכ"פ רגלים לדבר שהגיע לשנים ואז עד א' סגי', גם לפמ"ש הא"ז והמרי"ט שהבאתי בסעיף הקודם שחזקת קטנות ליכא חזקה דהשנים באים ממילא ע"ש ולפי מה שכ' הר"ן בקדושין ס"ג דבדבר שבערוה רק בדאתחזק איסורא בעי ב' עדים אבל בלא אתחזק אף בדבר שבערוה עד אחד נאמן כמו באיסורין ע"ש לפ"ז אף אי נימא דחליצה הוה דבר שבערוה אי חזקת קטנות לאו חזקה היא די בע"א שמעיד על השנים, ועיין בתשו' רשב"א סי' אלף רי"ו שכ' בקידש אשה ואיכא ספק אם הגיע לשנים ואם יש לו שערות אין חוששין לקדושין דהוה ספק ספקא חדא שמא לא הגיע לשנים ואת"ל הגיע לשנים שמא לא הביא שערות ע"ש וכעין זה כ' בתשובה מהריב"ל חלק ד' סימן יו"ד בכה"ד שתוכל למאן מכח ס"ס חדא שמא לא הגיע לשנים ושמא לא הביאה שערות ע"ש וקשה לי עליהם הא ליכא כאן ספק שני דאם הגיע לשנים אז יש לן חזקה דרבא דרוב כשמגיעי' לשנים מביאים שערות ומיעוט אין לצרף לס"ס דאף דלענין חליצה לא סמכינן על חזקה דרבא היינו משום דאיכא לברורי מבררינן

אבל

אבל לקולא לאמר שאין חוששין לקדושין ליכא ס"ס וכן להקל שתמאן ודאי לא, שנית הא הוה שם אונס חד הוא דאין כאן אלא ספק אחד אם הוא גדול או קטן וכן בדידה אם היא קטנה או גדולה:

שם סעיף י"ד לכתחלה צריך ליתן ליבם מנעל החליצה, עיין בסדר החליצה להרב מהר"ם אות פ"ט שיאמר הרב אל היבם אחר החליצה שיתן לו המנעל של חליצה במתנה ויאמר היבם הן, ויגביהנו הרב ג' טפחים ע"ש ויש לעיין הלא הרב יכול להקנות להיבם קודם החליצה המנעל לזמן עד אחר החליצה ואז יהיה ממילא של הנותן ולא יצטרך אחר החליצה לקנות מחדש ע"י הגבהה מהיבם דהא כ' הב"י כאן על הטור דמתנה על מנת להחזיר שמה מתנה, אך עיין ברא"ש בסוכה דפליג שם עם רבנו ישעי' שסובר כמו שכתבתי דמתנה עמ"ל הייתו שהנותן מקנה הדבר לזמן וכשיגיע הזמן חוזר הדבר ממילא לנותן וא"צ לשום קנין מחדש והרא"ש חולק עליו דבכה"ג לא הוה מתנה כ"א צריכין להקנות החפץ עולמית ויתנה תנאי עם המקבל שצריך להקנות לו החפץ בזמן ההוא ואם לא יקיים התנאי בטלה המתנה למפרע ע"ש והנה בקדושין דף ו' אמר רבא בכל מקום מתנה עמ"ל שמה מתנה חוץ מאשה יש גורסין משום דהוה כחליפין דאין אשה נקנית בחליפין והרשב"א והריטב"א שם דוחים גירסא זו דלא הוה כחליפין וגורסים גזרה שמא יאמרו אשה נקנית בחליפין ע"ש ונראה דב' גרסאות תלי' בב' שיטות שהבאתי לר' ישעי' דמי' מתנה עמ"ל לחליפין דכמו דסודר הדר למרא ה"ה מתנה עמ"ל הדר לנותן ממילא בלי שום קנין ולדידי' הגרסא נכונה דהוה כחליפין, אבל הרשב"א והריטב"א שסוברים כרא"ש עיין בריטב"א סוכה מ"ו שכ' שם כרא"ש שפיר כתבו דלא דמי' לחליפין דהא מקנה במתנה עמ"ל לעולם ובעי קנין חדש בזמן חזרה לכן גרסו גזרה שמא יאמרו אשה נקנית בחליפין, ועיין בש"ע א"ח סי' תמ"ח דפסקינן שם דבחמץ לא מהני מתנה עמ"ל וע"ש במג"א שמביא בשם תשו' הרדב"ז דיש ספק שמא לא יקיים הנכרי התנאי ואז המתנה בטלה ועוברין ואף אם יקיים הנכרי אחר פסח התנאי הישראל כבר עבר ע"ש וקשה מרבא דקדושין ו' דאמר בכל מקום מהני מתנה עמ"ל חוץ מאשה למה שבק ולא אמר חוץ מחמץ דלרדב"ז עוברין בב"י, שנית קשה הלא הר"ן ריש פסחים כ' דהא דמהני ביטול בלב מה"ת הלא בהפקר בעי דוקא בפני ג' משום דאמר כ"א בפסחים ו' חמץ אינו ברשותו של אדם רק שעשאו הכתוב כאלו הוא ברשותו לכן בגילוי מלתא בעלמא סגי' ע"ש ואיך נימא דמתנה עמ"ל לא מהני בחמץ וכי יגרע מגילוי מלתא בעלמא דמהני, ועיין בב"ב דף קל"ז באומר שור זה יהי' לך במתנה ע"מ שתחזירהו לי אין המקבל יכול להקדישו ואם אמר ע"מ שתחזירהו בלא לי יכול להקדישו ולהחזירו ע"ש ויש להקשות לר' ישעי' דמתנה עמ"ל הוה לזמן ואז חוזר הדבר ממילא לנותן למה באומר לי אין המקבל יכול להקדיש הלא בירושלמי ר"פ האומר מבואר במקדיש לזמן כשיגיע הזמן חוזר הדבר לחולין וא"צ פדיון והמקבל שלא קנה רק לזמן אינו יכול להקדיש רק לזמן ואז חוזר הדבר לחולין וחוזר הדבר לנותן וחזי' ליה, ונראה דר' יוחנן שם בירושלמי סובר כאביי בנדרים ל' דקדושת הגוף לזמן פקעה בכדי אבל רבא שם סובר דקדושת הגוף לא פקעה בכדי ושפיר אמר רבא דא"י להקדיש דהא לא חזי' לנותן ולכן נקט שם שור ולא נקט אתרוג דהא באתרוג קאי שם כיון דבאתרוג לא הוה אלא קדושת דמים ובקדושת דמים סובר רבא בנדרים שם דפקעה בכדי ושפיר יכול להקדיש ולהחזיר דהא אז יוצא לחולין, ומשם יש להביא ראי' לר' ישעי' דלר"י א"צ להקנות כשיבא זמן חזרה כ"א ממילא חזרה אבל לרא"ש קשה טובא איך יכול להקדיש באומר שתחזירהו בלא לי הלא אינו יכול לקיים התנאי דכיון דקנה עולמית חל ההקדש לעולם ואז אין המקבל יוכל להקנות לנותן דהא אינו שלו ואינו ברשותו כ"א של הקדש וכיון דא"י לקיים התנאי בטלה המתנה ואיך אמר מוקדם ומוחזר ונראה דיש לתלות בב' תירוצי תוס' בפסחים מ"ו ע"ב ד"ה הואיל שהקשו שם אמאי אין עוברין בהקדש נימא הואיל אי בעי מתשל ותירצו בתי' ראשון בהקדש כתב לה' וגלתה התורה דלא נימא הואיל אי בעי מתשל דהוה לגבוה ובתירוץ שני תירצו דבהקדש שביד בעלים באמת עוברין דעדיין יכול לאתשולי ורק במסכל ליד גזבר אין עובר דאז א"א לאתשולי ע"ש לתי' שני י"ל כהרא"ש ובכל זאת כל זמן שההקדש ביד בעלים יכולים להקנות להנותן דהוה עדיין כדידי' דיכול לאתשולי אבל לתי' קמא ק' לרא"ש ומוכח כר' ישעי' דהמתנה הינה אלא לזמן וההקדש ג"כ רק לזמן שהוא שלו ואז יוצא לחולין ושפיר יכול להחזיר:

ועיין ברא"ש שם שהק' על ר' ישעי' מר' זירא בסוכה מ"ו דלא לקני איניש לינוקא אתרוג ביומא קמא דקטן קונה וא"י להקנות ולר' ישעי' הלא יכול להקנות לקטן לזמן ואז יהי' האתרוג ממילא לנותן ואין הקטן צריך להקנות ע"ש ונראה דעיין ברמ"י שם שכ' על ר' זירא דקטן תקינו ליה רבנן זכיה ע"ש דמה"ת אין לו זכיה רק חז"ל תיקנו לקטן קנין לתועלתו ויש לאמר שתיקנו לקטן רק קנין עולמית אבל קנין לזמן לא תיקנו לו והניחו על דאורי' דבקנין כהאי ליכא תועלת כל כך לקטן, והנה ר' ישעי' כ' דמש"ה לא הוה המקבל כשואל משום דפטרו הנותן מאחריות אונסין מה"ט נקרא לכס ע"ש ולכאורה יש להקשות מפסחים ה' ע"ב דשם אמרינן אבל אתה רואה של אחרים ואם קיבל אחריות בשל אחרים עובר דהוה כשלו ושם בל"ק אמרינן

לר"ש דגורס לממון כממון דמי' ניחא אבל לרבנן מ"ט ומתרלי' מדכתיב לא ימלא ובל"ב שם מקשינן לר"ש למה לי קרא ומתרלינן סד"א דוקא בדליתא בעינא קמ"ל אף בדאיתא בעינא גורס כממון ע"ש ואיך אמר ר' ישעי' ההיפך דמש"ה הוה לכם משום דפטרו מאחריות הלא אדרבא ע"י אחריות נחשב כשלו ונראה דעיין בש"ע א"ח סי' ת"מ דבקבלת אחריות הנפקד והמפקיד עוברין דהוה כשותפין ובחמץ שותפין עוברין משא"כ באתרוג שותפין אין יוצאין לפ"ז אם היה אחריות על המקבל לא יצא, אבל בזה שמקנה לו במתנה ופטרו מאחריות הוה בתוך הזמן רק של המקבל, אבל שואל אתרוג דחייב באחריות אונסין איכו יוצא ביום ראשון ולא אדע למה באתרוג השואל יתחייב באונסין הלא בשואל הטעם שחייב משום שכל הנאה שלו ובאתרוג דמלוה לאו להנות ניתנה כיון דאין לו בו רק שמקיים בו המלוה וקיום המלוה ליכא הנאה ואין לשואל אתרוג לקיים בו המלוה שום הנאה ועיין בבעל המאור בר"ה דף כ"ח דרק במלוה דאורי' אמרינן לאו להנות אבל במלוה דרבנן אמרי' מלוה להנות לפ"ז בשואל על י"ט שני שפיר נהנה אבל בשואל רק לצאת בו בי"ט ראשון דליכא הנאה למה יתחייב באחריות דאונסין?

שם סעיף ט"ו המנעל צריך להיות כולו של עור לפיכך צריכי' להיות כל תפירותיו של עור, עיין ביבמות דף ק"ג ע"ב אמר רב משום דילפינן ואנעלך תחש דבעי של עור, ועיין בשבת דף ס"ו ע"א דמובא שם בשם ר"ע דקובר בסנדל של סיידן שהוא של עץ ולחד פי' של רש"י שם הוא של קש דאשה חולצת בו ואמר שם ר' הונא דר"ע אתי' כר"מ דקובר יוצאין בקב של קיטע דהוה מנעל ולא כר' יוסי דאוסר ורבא אמר שם דלא הודו לו הייכו ר' יוחנן בן נורא ע"ש והנה הרמב"ם בפ' כ"ה מה' כלים ה' י"ח פוסק כר"ע וכ' הכ"מ שם משום דאמרינן בשבת ס"ו דר"מ כר"ע ור יוסי או ריב"נ חולקים פוסק כר"ע ע"ש וצ"ע איך פוסק הרמב"ם בפ"ד מה' חליצה כר' יוסי דחליצה במנעל של עץ פסולה וביבמות ק"ג מוקמינן הא כר' יוסי אבל לר"מ כשר לחליצה, גם הרמב"ם בפרק י"ט מה' שבת ה' ע"ו פוסק כר' יוסי שאין הקיטע יוצא בקב שלו ע"ש ויש ליישב עפ"י מה שכ' תוס' ביומא דף ע"ח לרבא דאמר בין לר"מ בין לר' יוסי מנעל הוא והא דאוסר ר' יוסי לצאת בשבת משום דחיים לאשתלו' שמא ישתלף ואתי' לאתוי ד' אמות ומה"ע פסול לר' יוסי לחליצה כיון דחיים לאשתלופי איכו ראוי להלוך ע"ש לפ"ז שפיר י"ל דר"ע אתי' גם כר' יוסי דהא לר"י הוה מנעל ולכן מקבל טומאה ובכל זאת אסור לצאת בו בשבת ופסול לחליצה והא דאמר ר"ה בשבת ס"ו דר"ע אתי' כר"מ ולא כר"י כבר כ' הרמב"ן שם בחידושיו דשמואל ור"ה שם פליגי על רבא דלרבא אתי' ר"ע כר' יוסי, אך הרמב"ן שם דוחה לדברי תוס' בשתי ידים וכ' שפירושם משובש דרק בקיטע שאין לו רגל יש לחוש לשלופי אבל בחליצה דיש לחלוץ רגל אין לחוש לאשתלופי שלא ישלף המנעל מעל רגלו, גם הלא המנעל של חליצה יש לו רצועות ושכלן שקושרין בהם ושפיר יכול להלוך בו ע"ש, ועיין בנב"י ח"ב אה"ע סי' קנ"ב שכ' דר' יוסף בשבת ס"ו דתני אין הקיטע יוצא דברי ר"מ ור' יוסי מתיר וכיון דהלכה כר' יוסי א"ל לסנדל של עור כ"א חולצין בשל עץ ע"ש ודבריו צ"ע הלא ר' יוסף לא אמר מעצמו כן אלא אמר הואיל ואמר שמואל אין הקיטע ואמר ר"ה אין הקיטע אנן נמי ניתני אין הקיטע ע"ש וכיון דאמרינן שם דשמואל ור"ה חזרו וגרסו הקיטע יוצא דברי ר"מ ור' יוסי אוסר ממילא גורס ר' יוסף ג"כ כמוהם כיון דסמך עליהם וצריך שיהי' הסנדל של עור ולר"ת של עור מבהמה טהורה ועדיין קשה הקושי' משבת כ"ח דיש לאמר דאשמעינן דבעי בסנדל של חליצה של עור בהמה טהורה:

שם סעיף ט"ז צריך לכתחלה שיהי' העור קשה קצת שיהי' דומה קצת לסנדל, ביבמות דף ק"ב בחד ליסנא אין חולצין לכתחלה במנעל גזרה משום מנעל מרופט וע"ש בתוס' שהקשו משבת דאמרינן שם דאם חללה במנעל מרופט החליצה כשרה ותירצו דשם איכו מרופט כל כך ע"ש והנה מדבריהם לא נדע עדיין היטב מתי החליצה כשרה במרופט ומתי פסולה, ועיין בריטב"א בשבת קמ"א ע"ב שכ' אם איכו מרופט ברובו כשרה החליצה אבל אם מרופט ברובו פסולה וכן כ' הרשב"א שם ועיין בריטב"א ביבמות ק"ב שפירש מנעל הקרוע קצת וזהו שתירה למה שכ' בשבת עיין, ועל קושי' תוס' יש ליישב עפ"י מה שמצאתי באור זרוע ה' חליצה סי' תרש"ו שכ' דיש לאמר דוקא אם נקרע במקום התפירה וחופה רוב רגלו דכשר בדיעבד, אבל בנקרע שלא במקום התפירה אפילו חופה רוב הרגל פסול בדיעבד ע"ש לפ"ז י"ל התם בשבת שנקרע במקום התפירה החליצה כשרה ואכן גזרינן אטו מרופט שלא במקום התפירה דפסול בדיעבד:

שם סעיף כ"ב או באנפליא של בגד חליצתו פסולה, עיין בב"ש ס"ק כ' שמביא הרמב"ם בפ"ד מיבום שאם חללה באנפליא איכה חליצה כלל אפילו לפסול על האחין ועל הכהונה ע"ש והרשב"א הביאו הרב המגיד וכן המחבר פוסקים כשמואל בגיטין כ"ד ע"ב דהוה חליצה לפסול והרמב"ם פוסק כר"א שם דאיכה חליצה, ונראה דהדין עם הרמב"ם ונתרץ קושי' תוס' ביומא דף ע"ח שהקשו לרבא שם דאמר דקב הקיטע בין לר"מ בין לר' יוסי מנעל הוא רק דר' יוסי גוזר שמא משתלפי ואתי לאתוי ד"א אמאי באנפלי' החליצה פסולה הלא בזה אין לחוש דמשתלף ע"ש נראה דעיין בהרב המגיד פ"ד מיבום ה'

ה' י"ח שמביא דברי הרשב"א כיון שכולם ילפינן מאנעלך תחש לפסול דינם שוה שפסולים ופוסלים את האחין אף באנפלי' ע"ש ונראה דבזה גופא פליגי שמואל ור"א בגיטין כ"ד ע"ב שמואל סובר כמ"ש הרשב"א דגם אנפלי' ילפינן מאנעלך תחש לפסול ופוסלת כהנך אחרים דילפינן מאנעלך דשם חליצה עליהם, אבל ר"א פליג בזה כמבואר ברש"י שם שפירש על ר"א מדכתיב בחליצה נעל מפורש בהדי' דבעי נעל ולא אנפלי' וכיון דמפורש בקרא בהדי' לא הוה שם חליצה עלי' כלל ולא פסלה, ובזה גופא פליגי ביבמות ק"ג בתחלה אמרינן שם דחלצה באנפלי' אתי כר' יוסי דסברו כשמואל דכולם ילפינן מאנעלך תחש ומקשינן סיפא רבנן ורישא במנעל של עץ דכשרה אתי' כר"מ דלית ליה דילפינן מאנעלך תחש ומתרצינן דגם רישא רבנן ובמחופה בעור, ורבא שם פליג ומוקי הכל כר"מ ושאני אנפלי' דאינו מגין ורבא סובר כר"א דנעל דכתיב בחליצה ממעט אנפלי' ואף דר"מ לית ליה דילפינן מאנעלך תחש מודה בזה דנעל היינו דבר המגין כמו דמליצו מנעליך שהוא בריח המגין על הבית ועל מה שנמצא בו כנה נעל הוראתו בגד שמגין על הרגל, ואמר ה' למשה של נעלך מעל רגלך כי המקום אשר אתה עומד עליו אדמת קודש אין אתה צריך לבגד שיגין על רגליך אדמה הקדושה מגינה ומצלת, לפ"ז מיושבת קושי' תוס' ביומא על רבא מאנפלי' דרבא קאמר דגם ר' יוסי לית ליה דילפינן מאנעלך תחש דבעי של עור וגם של עץ נקרא מנעל דמגין שפיר על הרגל, אבל אנפלי' דאינו מגין על הרגל אינו בכלל נעל ומפורש בקרא להדי' שאסור לחלוץ בו כר"א וכיון דרבא סובר כר"א הלכה כמותו נגד שמואל כפסק הרמב"ם:

שם באותו הסעיף בהג"ה או שבגד פשתן תפור בפנים כשרה, עיין רש"י ביבמות ק"ב ע"ב בפירושו הראשון שם פי' על מה דאמר רב סנדל התפור בפשתן היינו אם מבפנים תפור לבד של פשתן ע"ש והרא"ש תמה על רש"י הלא במנעל של עץ ומחופה בעור כשרה החליצה ע"ש, ועיין באור זרוע ה' חליצה סי' תרס"ד שמתרץ על רש"י דכיון דאין העור נוגע בבשר הרגל אין כאן חליצת נעל מעל גבי הרגל ובמנעל של עץ המחופה עור היינו ג"כ מבחוץ הוא עץ ומבפנים של עור שאין העץ נוגע בבשר הרגל אלא העור עש"ה וכן מצאתי בתוס' יומא ע"ח ע"ב ד"ה הקיטע שתירצו שם בתירוץ ראשון מחופה בעור היינו מבפנים ע"ש הנה מלבד שאין הלשון מחופה בעור משמע כן כי לפירוש העור מחופה בעץ עוד זאת נראה לדינא דבכה"ג אם המנעל של עץ ומבפנים מחופה בעור וכן אם המנעל של בגד ומבפנים תפור עור דפסולים לחליצה, דעיין במג"א בסי' יו"ד סק"ה שכ' בהחלט אם טלית של בגד ותחתיו עור חייבי' בציצית אף דעור פטור מציצית ובהיפך אם למעלה עור ולמטה בגד פטור מציצית שמה שהוא תחתיו הוא טפל לעיקר הבגד למעלה וכן כ' שם האלי' רבה ע"ש לפ"ז אם המנעל מלמעלה עץ ומבפנים עור הוה העור טפל והעץ עיקר ונקרא מנעל של עץ ואנן בעינן מנעל של עור וכן אם המנעל של פשתן ומבפנים עור ג"כ פסול לחליצה דהפנים טפל ובטל לגבי מה שהוא עליון שזהו העיקר והוה מנעל של פשתן ורק אם למעלה עור כשר לחליצה ול"ע:

שם סעיף כ"ג מנעל של עובדי ע"ז, עיין בב"ש ס"ק כ"ב שמביא שיטת רש"י ור"ת ביבמות ק"ג ע"ב לרש"י מיירי בע"ז של נכרי קודם ביטול רק משום דאפשר לבטל לא אמרינן כתותי מכתת שיעורי' ור"ת סובר דמיירי אחר ביטול ע"ש ואפשר דר"ת לשיטתו דסובר ביבמות ק"ב ע"ב הובא בתוס' שם ד"ה ואנעלך תחש דבעי במנעל חליצה עור מבהמה טהורה דבעי מן המותר בפיך ע"ש ה"נ במנעל של ע"ז קודם ביטול כיון דאסור בהנאה לא הוה מן המותר בפיך לכן מוקי אחר ביטול דאז מותר בהנאה, והנה לרש"י דסובר כיון דאפשר לבטל שוב אינו עומד לשרפה יש לעיין אמאי אמרינן בזקן העשוי לכבודו לתכריכין דהחליצה בו פסולה משום דלאו להלוך עבד לאו נעל הוא, הלא בסנהדרין מ"ז פליגי אביי ורבא באורג בגד למת לאביי אסור בהנאה הזמנה מלתא ולרבא מותר הזמנה לאו מלתא ואיך אמר רבא ביבמות ק"ג בזקן דהחליצה פסולה הלא אפשר לזקן לשנות ולהשתמש בו להלוך ולככו ובידו לבטלו מתכריכים, ומאי שנא ממה דאמרינן שם במנעל דבי דינא דנעשה לחליצה אלו מסגי ביה שלוחא דבי דינא מי קפיד עליה דיינא אע"ג דסתמא אין השליח ב"ד הולך בו רק כיון דאפשר שילך בו ה"נ נימא כיון דאפשר לזקן לחזור ולילך בו, ובזה תמוהים לי דברי הלבוש והפרישה כאן שכתבו אע"ג דתכריכים אסורים בהנאה הלא מצוה לאו להנות ע"ש והלא קי"ל כרבא דהזמנה לאו מלתא ועדיין לא נאסרו התכריכין שעשה הזקן לכבודו ועדיין בידו לשנות ול"ע:

ועיין ברמב"ן שהקשה הלא ע"י החליצה מותרת להנשא והוה הנאה ליבמה והלא ע"ז אסור בהנאה כמו דאמרינן בר"ה דף כ"ח אם תקע בשופר של ע"ז לא יצא אי מצוה להנות ניתנה להצילו מאיסור דלא כי"מ שסוברים שהיא שחלצה עבדה איסורא ובכל זאת החליצה כשרה ע"ש ויש להליץ בעד י"מ דיש לחלק בין תק"ש לחליצה התם אין כאן אלא התוקע דעבד איסורא אמרינן דלא יצא להצילו מאיסור משא"כ בחליצה שהיבם והיבמה מקיימים מצות עשה דחליצה ונהי שהיבמה נהנה ע"י החליצה שהותרה לשוק ותגבה כתובתה אבל היבם אינה נהנה דמצוה לאו להנות ניתנה וכיון דלגבי היבם ליכא איסורא לא פלגינן

 ומהכי

ומהני החליצה גם לדידה, שנית הא דאמרינן בתק"ש לא ילא אינו אלא מדרבנן חז"ל אמרו שלא ילא לטובתו שיכלל מאיסור, אבל בחליצה אם יאמרו חז"ל שהחליצה פסולה כיון דמה"ת כשרה תפסול החליצה אותה על כל האחין ותלטרך לחזור על האחין ולחלוץ לכל אחד ואחד אומרת היבמה אי אפשי בתקנת חכמים שתיקנו לטובתי, אבל בתק"ש מה יפסיד אם יתקע פעם שנית, ועיין ברשב"א שהק' ג"כ כקושי' הרמב"ן שהיא נהנה מחליצה שהותרה לשוק ע"ם וק' לי עליו הלא הוא בעצמו בחידושי רשב"א בנדרים ע"ו כ' דאף בעשה דפריה ורביה אמרינן מלוה לאו להנות ניתנה אף דיש מבלעדי קיום מלוה גם הנאת הגוף ועיין בר"ן שם שחולק עליו לפ"ז הוא לשיטתו מאי הקשה מחליצה אף דיש לחלולה עוד הנאה מבלעדי קיום המלוה הלא גם בכה"ג סובר הרשב"א דאמרינן מלוה לאו להנות דבשלמא הרמב"ן והי"מ שמקשים כן י"ל דסוברים כש' הר"ן שחולק על הרשב"א, ואפשר לחלק התם בנדרים בפו"ר בשעת קיום המלוה הוה הנאת הגוף בשעת תשמיש וסובר הרשב"א דהנאת הגוף הות טפל לגבי קיום המלוה ולא נחשב להנאה, אבל הכא דאיכא הנאה אחר קיום המלוה דמותרת לנשא לעלמא י"ל דגם הרשב"א מודה לש' הר"ן דלא אמרינן בכה"ג מלוה לאו להנות, ועיין בריטב"א בר"ה כ"ח שמתרץ הקושי' של רמב"ן דהכא דרק מה שנהנין מדבר האיסור בהנאה אסור, אבל אם א"ה גורם הנאה כמו בחליצה שהמנעל אינו אלא גורם שתהי' מותרת לשוק לא נאסרה:

שם סעיף כ"ה איטר ברגלו, עיין בנב"י ח"ב באה"ע סי' קכ"ו שכ' שם דאין זה הלכה פסוקה דחליצה ברגל שמאל פסולה דהא ביבמות ק"ד אמר ר' יוחנן מוחלפת השיטה וע"כ קאי אפלוגתא דחליצה דאין לאמר דקאי על רליעת אזן הא לא מלינו בשום מקום דיסבור חד תנא דרליעה באזן שמאלית, ולר"י לרבנן דר"א חליצה בשמאל כשרה והלכה כחכמים ע"ם ויש להקשות לפי דבריו אמאי לא כייל במתניתן יחדיו חליצה בלילה וחליצה בשמאל בשתיהן לרבנן כשרה ולר"א פסולה ואמאי מחלק אותן לב' בבות אם לא משום דבחליצה בלילה לר"א פסולה וחליצה בשמאל לר"א כשרה וע"כ מוחלפת השיטה קאי ארליעה, ואין לאמר דמש"ה לא כייל אותן יחדיו משום דחליצה בלילה רק בדיעבד כשרה וחליצה בשמאל למאן דלית ליה גז"ש רגל רגל ממלורע אף לכתחלה כשרה, הא ליתא, חדא הלא כתיב ועמד ואמר ובבכורות דף מ"ה כ' רש"י דסתם עמידה בימין שנית הלא לכל דבר מקדימין ימין לשמאל בנטילת לולב ובחליצה לריכה היבמה לחלוץ לכתחלה בימינה אף דלא נאמר בקרא וחללה בידה:

ונשאלתי במי שהיה איטר רגל שהקדים תמיד רגלו השמאלית בהלוכו ועלה מכה ברגלו השמאלית עד שחתכו הרופאים הרגל למטה ונשאר כל שוק התחתון כי לא חתכו כ"א עד קרסולו, ועתה נפלה יבמה לפניו שילדה אחר מיתת בעלה ולד שנגמרו סימניו וחלה ומת בתוך ל' יום ולריכה מדרבנן חליצה ממנו וכיון שהיה איטר רגל מלידה לריכין לחלוץ בב' רגליו ועתה נחתך רגלו השמאלית, הנה בסימן זה סעיף ל"ה מובאים י"א דאם נקטעה רגלו אפילו מן הארכובה ולמטה אינו חולץ וי"א דחולץ אם נשאר משוקו שיכולי' להכניס בו המנעל ולקשרו למטה מהארכובה והש"ע לא הכריע בין ב' שיטות ע"ם נראה הנה הסמ"ג והסמ"ק הביאם הטור כאן סוברים דבאטר אזלינן בתר ימין דעלמא וא"ל לחלוץ רק ברגל שהוא ימין של כל אדם, ועיין ביש ש"ם בפ' מלות חליצה סי' כ"א שהוכיח שהדין כן הוא ורק אכן מחמרינן לחלוץ גם בשמאל ע"ם, שנית הלא רש"י והאב"ד ורשב"א ורא"ש חולקים על הרי"ף ועל הרמב"ם וסוברים דחוללין אף אם נחתך הרגל מלמטה כשנשארה הארכובה התחתונה כמו בנידן דידן, שלישית עיין בתשו' אמ"ו בח"ם אה"ע ח"ב סי' ל"א שמביא בשם הגאון ר' זלמן עמריך שכ' בספרו שפה זרעוני ערוגה דאיטר לא הוה מי שעוקר רגלו השמאלית תחלה בהלוכו דאין זה חלישת כח בימין, רק אם גורר רגל הימין אחר השמאל מלד חולשה הנראה לעינים רק אז נקרא איטר ואמ"ו כ' עליו שכיון האמת וראוי ללרף סברתו לס"ס ע"ם וביבם שלנו אינו גורר הימין כ"א הוא בתקפו ובגבורתו, ועוד זאת אף שמעת ילדותו הקדים תמיד רגלו השמאלית בהלוכו הלא מעת שנחתך השמאל מקדים תמיד רגלו הימנית בהלוכו ובתר השתא אזלינן וגם לגבי דידיה נקרא עתה ימין, וכיון דבלא"ה בנידן דידן כל החליצה רק מלד חומרא דרבנן שחששו לרשב"ג שחושש למיעוט נפלים נוכל לסמוך על כל הספקות חדא שמא הדין עם הסמ"ק והסמ"ג שחוללין באיטר בימין של כל אדם, ואת"ל דלא כסמ"ג שמא הדין עם רש"י ראב"ד רשב"א ורא"ש דאף בנחתך רגל למטה חוללין בארכובה תחתונה, שלישית שמא הדין עם הרז"ע ולא הוה איטר שמעולם לא גרר רגלו הימין ולא נראה בימין שלו שום חולשה, רביעית דלמא בתר השתא אזלינן דעתה מקדים בהלוכו רגלו הימנית לכן לדעתי יכולים לחלוץ בב' רגליו ולהתיר היבמה לשוק:

ועיין בתשו' פני יהושע ח"ב באה"ע סי' ע"ד שהקשה דבאיטר חוללין זא"ז ואין חוששין שמא תהיה בתחלה בשמאל והוה החליצה בימין חליצה פסולה ותלטרך לחזור על כל האחין ואי משום דאין מכוונים רק לאותה חליצה שהיא מלד הדין כשרה הלא בתשו' רבנו בצלאל אשכנזי סי' כ"ח מביא בשם הרמב"ן והרשב"א והסכים עמהם

המאירי

המאירי וגם מהרש"א דאם לא נתכוונו לא היבם ולא היבמה לשם חליצה בכל זאת הוה חליצה פסולה וצריכה לחזור על כל האחין ע"ש ונראה דהם לא כתבו רק שלא נתכוונו לשם מצוה הוה חליצה פסולה דהרבה תנאים ואמוראים סוברים מצות א"צ כוונה אבל אם היבם והיבמה מתנים בפירוש שרק אותה חליצה באותה רגל שכשרה מצד הדין תהיה לשם מצוה והא דאינה מצד הדין לא תהיה רק כמתעסק בעלמא כאלו חלצה מנכרי גם לדידהו לא הוה חליצה פסולה כמבואר בתוס' ברכות דף י"ג בשם ר"ש ואף לסברת רא"ה שסובר דאף בהיפך כוונה יצא היינו דוקא בדברים שבלב דאינם דברים לא מעלים ולא מורידין אבל כשאומר בפירוש שלא תחשב למצוה י"ל מהני, ובזה ניחא לן ג"כ בנידן דידן דכל החליצה רק מדרבנן הלא המג"א בסימן ס' סק"ג כ' בשם הרדב"ז ומ"ל דבמצוה דרבנן א"צ כוונה ואיך נחליץ בזה אחר זה הלא יש לחוש לחליצה פסולה, ולפמ"ש ניחא דהיכא דמתנים בפירוש אף בדרבנן בטלה המצוה:

שם סעיף ל' יעמוד אצל כותל ותתפוש רגלו בידה השמאלית, עיין בנב"י ח"א אה"ע סי' ל"ד שחולק על הגאון מהר"י עמדין שמביא בשם מהר"י מינץ שהגבהת הרגל צריך להיות בימינה ואח"כ תופשו בשמאלה שלא יכול הנה והנה בשעת החליצה, והנב"י מביא ראיות נגדו דגם ההגבהה תוכל להיות בשמאלה ע"ש ואם היבם בעצמו הגביה רגלו למעלה ולא היא יש לתלות בזה לרי"ע דצריכה להגביה הרגל בימינה גם הגבהת הרגל שייך לחליצה והיבם אינו רשאי לשנות בשום דבר שהוא צורך לחליצה, אבל לנב"י דתוכל להגביה בשמאלה דהגבהת הרגל לא שייך לחליצה והגבהה היא רק שתהי' בידה לשלוף המנעל מעל הרגל, אם היבם הגביה רגלו מעצמו בזה אינו משנה להחליצה ואין קפידא בדבר:

שם סעיף ל"ב י"א שאם לא דחק רגלו בקרקע חליצתה פסולה, עיין בתשו' מהרש"ם אה"ע סי' ל"ו שכ' הא דאמימר דצריך למדרסי' לכרעיה ואידך דאמימר דמאן דמסגי אלמותא אינם אלא מדרבנן לא מבעי' להנך ראשונים הרי"ף והרמב"ם דסברי דהטעם במסגי אלמותא משום דאינו יכול למדרסי' ודאי אינו אלא מדרבנן ואפילו לראב"ד שהביא הרא"ש דהטעם משום דהתחתון למעלה ולא הוה מעל רגלו ג"כ אינו אלא מדרבנן דמלא בהגהת הרי"ף דפוס ווילנא בשם הראב"ד דוקא בישנו אחים אחרים אבל אי ליכא אח אחר יכול זה שרגלו הפוכה לחלוץ לכתחלה ואי הוה דאורייתא אין לחלק אע"כ דאינו אלא דרבנן ובדלא אפשר לא העמידו דבריהם לכן מקיל שם ביבם שרגלו אינו הפוך כ"א עקום ומהלך בצד רגלו שיחלוץ עש"ה והנה מרש"י יבמות דף ק"ג שכ' הטעם דרגל הפוך לאו רגל הוא משמע דהוה מדאורייתא גם יש לאמר לפי מה שכ' הרמב"ן בפ' וישלח על קרא ואביו קרא לו בנימין כלומר החזק והכח וכן כ' רש"י בפ' ואתחנן ידך החזקה היא ימינו ע"ש מהאי טעמא צריך למדרס לכרעיה להראות חוזק וכח הרגל והיכא דמסגי אלמותא הרגל נחלש ואינו ימין שאין בו כח וחוזק, והתורה הקפידה דבעי ימין ופסול מה"ת אך לסמ"ג ולסמ"ק דסברו באיטר דאזלינן בתר ימין דעלמא ולא בתר דידיה לית לן בה אם רגל ימינו נחלש, ועיין ברי"ף שמביא בשם י"א דאין הלכה כאמימר מדאמר ר' אשי למאי דקאמר אמימר מכלל דאיהו לא ס"ל ע"ש יש לאמר בהא פליגי ר' אשי ואמימר, אמימר סובר כש' הטור דבתר דידיה אזלינן והוא אין לו ימין, ור"א סובר דאזלינן בתר ימין דעלמא כש' סמ"ג וסמ"ק, וע"ש ברי"ף שכ' בשם משום דתנן במתניתן מן הארכובה ולמטה כשרה ע"כ דלא כאמימר ותמה עליהם וכי יחלוק אמימר אמתניתן ע"ש אך י"ל הירושלמי מפרש במתניתן דתלי' בקשירת הרצועות אם נקשרו למטה מארכובה או למעלה ע"ש הירושלמי סובר כאמימר לכן הוכרח לפרש כן וכן אמימר מפרש כהירושלמי, אבל לר' אשי דפליג על אמימר מפרש במתניתן כפי' רש"י בנחתך הרגל ושפיר מקשינן בגמ' על מארכובה למטה מרגלים פרט לבעלי קבין דהקושי' לר' אשי דמפרש בנחתך, ועיין בתוס' יבמות ק"ג שם שכתבו לרש"י דמש"ה בנחתך כשר משום דקודם קטיעה היה שוקו מעל רגלו גם אחר קטיעה עדיין נקרא כן ע"ש וק' לי איך אמר כ"א לאו בר אוצא ולאו בר קיפוף חלץ הלא במ"ק דף כ"ה מבואר דלא היו כן מבטן כ"א משום דאחלשא דעתיה דר"א אתהפך כרעיהו והיו להם רגל מקודם:

ועוד נראה בפלוגתא דרש"י ותוס', לרש"י בנחתך הרגל מארכובה ולמטה כשרה ותוס' חולקים ומביאים ראי' מהירושלמי דתלי' הכל בקשירה אם נקשרו הרצועות למטה מארכובה ע"ש, ונראה דתוס' לשיטתם שפיר הביאו ראי' מירושלמי דעיין ברא"ש כאן סי' ז' שתמה למה נפסול בנקשרו הרצועות למעלה מארכובה וכי בקשירת הרצועות תלי' מלתא ורק היכא דאינו יכול לילך בו בלי קשירה אז יש לאמר דהתם קשר הרצועה הוא בשליפת המנעל אבל אם יכול לילך במנעל בלי קשירה לא תלי' בקשירה כלל כ"א בחליצת המנעל ע"ש ועיין בתוס' יומא דף ח' לרבא שם דאמר לכ"ע בין לר"מ ובין לר' יוסי הוא קב הקיטע מנעל רק דר' יוסי חייש דלמא אתי לאשלף ואתי לאתויי ד' אמות בשבת והקשו תוס' מיבמות ק"ב דאמרינן שם לר' יוסי במנעל של עץ חליצה פסולה ותירצו כיון דלר' יוסי אתי לאשלף אינו ראוי להלוך בו לכן פסולה החליצה ע"ש וכ' הרמב"ן בשבת דף ס"ו דזהו שיבוש דרק בנחתך הרגל ולא

נשאר

נשאר כ"א השוק אתי למשלף מהמנעל, אבל בדיש לו רגל לא אתי למשלף וראוי להלוך בו ע"ש ולפי הרמב"ן אדרבה יש להוכיח מהירושלמי דסובר כרש"י דנחתך הרגל והמנעל נשלף מהשוק ורק ע"י קשירת הרצועות לא משלף וראוי להלוך בו' והוה קשירת הרצועה והתרתו כשליפת המנעל לכן צריך להיות הקשירה למטה מארכובה ולא למעלה דהוה מעל דמעל, משא"כ ביש לו רגל דלא אתי למשלף אז הקשירה לא מעלה ולא מורדת ואף למעלה מארכובה כשרה, ורש"י סובר בזה כהרמב"ן, משא"כ תוס' דסוברים דאף ביש לו רגל שייך אתי למשלף ותלי' בקשירה אף בדאיכא רגל לכן פירשו תוס' בירושלמי בדאיכא רגל ובכל זאת אם נקשרו הרצועות למעלה מארכובה החליצה פסולה:

שם בסעיף הנ"ל ותתיר הכל בידה הימנית, אם היבמה יש לה מכה או מכוה בידה הימנית ומכוסה במנעל (האנדשוה) ואי אפשר לה להסירו אם בכל זאת תחלוץ בימינה או בשמאלה או לא תחלוץ כלל, הנה בסדר חליצה מהרב מהר"ש אות ע"ט כ' לא יהיה טבעת בידה השמאלית ע"ש הא דנקט שמאלית ודאי לרבותא כ' כן דאף בשמאלית ומכ"ש בימנית, אך בתחלה שם באות ד' כ' לרחוץ רגל ימין של היבם היטב ולחתוך צפרניו ולא נאמר שם דצריכה לרחוץ ידה ולחתוך צפרני ידה ומשמע דלא קפדינן אלא על חציצה דדוקא ביבם דכתיב מעל רגלו אם יש חציצה הוה מעל דמעל משא"כ בידה מאי הוה אם יש חציצה, עיין בסוכה ל"ז דאמר רבא דיכולים לנקוט הושענא בסודרא דלקיחה ע"י דבר אחר שמה לקיחה וכ' שם הריטב"א דלא פסלינן משום חציצה אלא היכא דמפורש בקרא לפסול חציצה והלא גבי יבמה לא כתיב וחלצה בידה רק וחלצה נעלו מעל רגלו ויש לאמר חליצה ע"י דבר אחר ג"כ נקראת חליצה, אך עיין בלבוש כאן סעיף ל"א שכ' דילפינן כל מעשיה וממעשה היבם דאלו בעי עמידה וימין גם אלה בעי רק בדיעבד אין החליצה פסולה ע"ש לפ"ז גם זה ילפינן לכתחלה מיבם כמו דגבי דידיה בחציצה על רגלו הימנית פוסלת לגבי דידה בעי עכ"פ לכתחלה שלא תהיה חציצה בידה ובדיעבד כשרה, ואפשר אם לא אפשר לה לשלוף המנעל מעל ידה משום המכה שיש לה הוה כדיעבד כמו גידמת דחוללת בשיניה, אך יש לחלק בגידמת לא יהי' לה באפשר בשום זמן אבל בנידן דידן אם נמתין עד שתתרפא המכה תוכל לחלוץ בימין שלה בלי חציצה, אך שיהוי מצוה לא משהינן ותחלוץ עתה בחציצה מלהמתין לאחר זמן שתחלוץ בלי חציצה, ולדעתי תחלוץ בשמאלה דלרי"ף ולרמב"ם לא בעי כלל שתחלוץ בימין שלא הביאו הירושלמי, ועיין ביבמות בריטב"א ק"ב ד"ה או דלמא שכ' שאם חלצה ב' מנעלים שהם זה ע"ג זה בבת אחת החליצה כשרה והלא מנעל העליון דהוה מעל דמעל חוצץ בין ידה למנעל התחתון אע"כ דאללה אין חציצה פוסלת:

שם סעיף ל"ה חללה מן הארכובה י"א דאקשירה קאי עיין ברא"ש יבמות ק"ג שתמה על הרי"ף והרמב"ם במנעל שיכול להלוך בו בלי קשירה לא תלי' מידי בקשירה וא"ל כלל לקשירה כ"א חליצת המנעל ואף אם לא נקשר למעלה מארכובה כשרה החליצה ע"ש נראה באמת אם לא נקשר המנעל שיכולין להלוך בו בלי קשירה בדיעבד כשרה, אך לפי מה שכ' הרא"ש שם דמש"ה צריך היבם למדחס רגלו בקרקע כדי שתטרח היא בחליצה ולא יהיה נראה כאלו נשלף המנעל מאליו עש"ה מש"ה קושרין ברצועות ובאומרתות שתטרח בהתרת הקשרים שלא יהי' נראה כנשלף מאליו, והשתא שקושרין וא"י אפשר לחלוץ המנעל בלי התרת הקשרים שייך שפיר התרת קשרים לחליצה ואם נעשה הקשר למעלה מארכובה פסולה החליצה דהוה מעל דמעל וכן אם התיר הוא הקשרים וחללה היא המנעל פסולה דהא הוא מסעי' לחליצת המנעל דבלא התרת הקשירה לא היתה יכולה לשלוף המנעל מעל הרגל:

שם סעיף ל"ז בהג"ה אם חללה שניהם חליצתה כשרה, עיין בב"ש סקל"ז שכ' נראה דאיירי בחוללת שניהם יחדיו בפעם אחת דאל"כ בחוללת העליון הוה מעל דמעל והוה חליצה פסולה וצריכה חליצה מכל האחין ע"ש ועיין בריטב"א ביבמות ק"ב ד"ה או דלמא שכ' שם וש"מ שאם חללה ב' בין בבת אחת בין בזה אחר זה חליצה כשרה כיון דשניהם של עור דהא איכא חליצה לגילוי כרעי ע"ש מבואר בריטב"א שאף בזה אחר זה הוה חליצה כשרה וא"ל לחזור על כל האחין, ויש לאמר הריטב"א אזל לשיטתו שפוסק ביבמות כ"ז ד"ה ופרכינן כשמואל דבחליצה פסולה א"ל לחזור על כל האחין ע"ש אבל לדידן דבש"ע אה"ע סי' ק"ע מביא ב' דעות אי הלכה כרב או כשמואל ולכן מחמרינן כרב שפיר כתב הב"ש, אמנם יש לאמר דוקא בחללה רק העליון ושניהם היבם והיבמה מכוונים בחליצת עליון לשם חליצה הוה חליצה פסולה ופסלה על האחין, אבל כשחוללת אח"כ גם התחתון ושניהם לא היו מכוונים רק על התחתון שהוא מעל רגלו ומה שחללה העליון לא עשתה לשם חליצה כ"א שתוכל לחלוץ התחתון אין כאן משום חליצה פסולה, ומה שכ' הריטב"א שהבאתי כיון ששניהם של עור למה לו שניהם של עור הלא טוב יותר אם העליון אינו של עור דאז ודאי אין לחוש לחליצה פסולה, ואפשר אם העליון אינו של עור הוה חליצה בין ידה למנעל של עור אבל אם גם העליון של עור וראוי לחלוץ בו לא הוה חליצה כדאמרינן מין במינו אינו חוצץ:

שם סעיף ל"ט בב"ש ס"ק ל"ט כ' דברקיקה בעי ראוי לבילה וכ"כ בס"ק מ"ח להשיג על ה"ה דבעי ברקיקה ראוי לבילה ע"ש וקשה לי מאי מקשינן ביבמות ק"ד ע"ב על שמואל דאמר יבמה שרקקה תחלוץ מר"ע דאמר רקיקה אינה מעכבת למה תפסול לאחין ע"ש מאי קושי' הלא באמת מעכבת באינו ראוי לבילה ורק בדראוי לבילה אין בילה מעכבת וכן יש להקשות אמאי לא נימא גם בכוונה כל הראוי לכוונה אין הכוונה מעכבת ולמה אמרינן ביבמות ק"ו אם לא כיוונו החליצה פסולה, ומצאתי בתוס' במנחות י"ח ע"ב בד"ה ואמר ר' זירא שכתבו ומדלא כתי' ובללת בשמן בשום מקום בלשון צווי מוכח דהבלילה אינה מעכבת וכן בחליצה מדכתיב ככה יעשה לאיש דרק מעשה באיש מעכב ור' זירא מסברא אמר דאף דבלילה אינה מעכבת בכל זאת בעי ראוי לבלילה ע"ש לפ"ז מיושב הכל ודאי בדבר דמעכב לא אמרינן כל הראוי לבילה רק בדבר דמוכח מקרא דאינו מעכב אמרינן הכי לפ"ז ניחא בכוונה דמעכבת בדיעבד לא אמרינן כל הראוי לכוונה ושפיר אמרינן לר"ע דרקיקה אינה מעכבת דאי מעכבת לא מהני ראוי לרקיקה ובכל זאת בעי ראוי לרקיקה ולקריאה כדר' זירא:

שם סעיף מ' יבמה שרקקה דם, המרדכי סוף חולין הקשה נימא דלחלוצי רוק בטלין בדם ואין כאן רוק ותירץ שהרוק נראה וניכר בדם לכן לא בטל ע"ש ודבריו תמוהים משמואל דאמר ביבמות ק"ד משום דאי אפשר בלי לחלוצי רוק ומסלקינן שם דרק במוללת אי אפשר בלא רוק משא"כ בשותת ע"ש ולמרדכי למה לן הוכחה הלא עינינו רואות הרוק ואף בשותת אמאי לא כיון דרואין הרוק וצ"ע ועוד תירץ שם המרדכי דכיון דהרוק מעולם מעורב ולא היה נפרד מהדם אינו בטל בהדם ע"ש ועיין בנב"י ח"ב בי"ד סי' כ"ד שתמה עליו שסותר עצמו הלא המרדכי בפ"ק דשבת ופוסקים כותיה בי"ד סי' ק"ב סובר דהיין היוצא מענבים בשבת לתוך היין שיצא מערב שבת בטל אף דהוה דשיל"מ משום שמעורב מיד ביציאתו לעולם ע"ש ונראה דיש לאמר דגוף הדבר שמעורב מעולם אינו בטל משא"כ ביין דיוצא מענבים דכל זמן שהוא בענבים הוא היתר ורק כשיצא יחול עליו איסור משום משקין שזבו ואמרינן רק כשיצא בלא תערובות וניכרת הזיעה חל עליו איסור משום משקין שזבו אבל אם בשעת יציאה לא נראה כלל הזיעה שנתערב מיד ביין שיצא מע"ש ליכא משום משקין שזבו ולא חל עליו איסור ולכן אף בדבר שיל"מ מותר דאין כאן איסור שיצטרך לביטול, ולפי ש' הר"ן בנדרים כ"ב דהיתר בהיתר לא בטל יש לתרץ קושי' המרדכי דרוק בדם בחלוצה דהוה היתר בהיתר לא בטל:

שם סעיף מ"ג אפילו לא קראו, עיין בתוס' סוטה דף ל"ג דר' יודא שם במתניתן פליג אר"א ור"ע דסוברים דקריאה לא מעכבא וסובר דקריאה מעכבת ועיין בפי' המשניות לרמב"ם שם ובחבורו בפ"ד מה' יבום ה"ה שכ' דרש דר' יודא שם בסוטה דבעי קריאה בלשון הקודש מדכתיב ככה יעשה לאיש ולא גז"ש דת"ק שם דיליף מוענתה, ולפי מה שכתבו תוס' דלר' יודא דיליף מככה קריאה מעכבת איך פוסק הרמב"ם בפ"ד מה' יבום ה' י"ב דקריאה לא מעכבת, ואפשר לאמר דטעמו דר' יודא דסובר דככה קאי אקריאה שלפניה דעיין בתוס' יבמות דף ק"ה ד"ה ככה שהקשו למ"ד בסנהדרין דף ס"ה דעקימת פיו הוה מעשה היכא ממעטינן הקריאה מיעשה דאינה מעכבת, ומה שתירצו בתירץ ראשון שם דמ"מ מעשה גרוע הוא יותר מרקיקה ע"ש לא הבנתי וכי הא דרקיקה אינה מעכבת לר"ע הטעם משום דלא הוה מעשה הלא בין לר"א בין לר"ע נחשב למעשה גמור ולר"א מה"ט באמת מעכבת ולר"ע אינה מעכבת אף דהוה מעשה משום דלא הוה מעשה הנעשה באיש כמבואר ביבמות ק"ד ע"ש ונראה דר' יודא סובר דעקימת שפתיו הוה מעשה לכן סובר דככה קאי אשלפניו אקריאה ג"כ דהוה ג"כ מעשה ובזה סובר כר"א דלא בעי מעשה באיש, ור"א ור"ע סוברים דעקימת שפתים לאו מעשה היא וככה לא קאי אקריאה ואינה מעכבת והך מ"ד בסנהדרין דסובר דעקימת שפתים הוה מעשה סובר כר' יודא דסוטה ל"ג, ובזה מובן בירושלמי כאן ר' הילא בשם ר"א חלצה אבל לא קראה החליצה פסולה ע"ש בהמפרש דר' הילא סובר לר"א דקריאה מעכבת היינו דסובר כר' יודא דסוטה וכמו שכ' תוס' שם דקריאה מעכבת לר"א, רק לישנא שם דחלצה ולא רקקה רקקה ולא חלצה לא עשה כלום עד שתחלוץ ותרוק לישנא דלא עשה כלום קשה טובא הלא בכל אופן חליצה בלי רקיקה הוה חליצה פסולה נפסלה על האחין וכן רקיקה לחודה פוסלת על האחין אף לר"ע כמבואר ביבמות ק"ד ולא תריך פעם שנית שלא יצאו להתיר חלוצה ליבום:

שם באותו הסעיף וי"א דה"ה לחליצת חרש וחרשת, הרמב"ם בפ"ד מיבום ה' י"ג כ' חליצת חרש וחרשת לאו כלום היא לפי שאינן בני אדם וע"ש בה"ה שהקשה כמה קושיות בשם הראשונים על הרמב"ם חדא מדר' ינאי שאמר ביבמות ק"ד בחרש וחרשת משום דאינם באומר ואמרה ולא משום דלאו בני דיעה נינהו, גם מדאמר ר"י אמר רב על קטן זו דברי ר"מ אבל חכמים אומרים דחליצתו אינה כלום ולא אמר על כל הבבא גם על חרש וחרשת דחליצתן אינה כלום ומה"ט חולקין הרמב"ן והרשב"א והריטב"א עליו ע"ש ונראה לסלק מרבנו הקושי' ולהוכיח כהרמב"ם דעיין בירושלמי שם

ביבמות ק"ד על מתניתין דקאמר ר' יונה הלא אמרה דלית כללין דרבי כללין והתנינן חרש שחלץ וחרשת שחלצה חליצה פסולה ואמר ר' יוחנן משום שאין יכולין לאמר ואמר ואמרה הדא מסעי' לר' יונה דר"י אמר הדא אמרה דלית כללא דרבי כללין ע"ש ור' יונה קאי על הא דאמר רבי במתניתין בפרק קמא דתרומה דכל היכא דתנן חרש וחרשת היינו אינם שומעים ואינם מדברים ומדאמר ר' יוחנן דהטעם במשנתנו משום שאינם בקריאה ולא אמר משום שאינם בני דעת ע"כ דחרש וחרשת דמתניתין היינו שומעים ואינם מדברים דהם כפקחים לכל דבר דהם אילמים והחליצה פסולה משום שאינם בקריאה, ועיין בתוס' ביבמות ק"ד ע"ב ד"ה והא אמרה שהקשו מנא ליה לר"י הא דלמא משום שאינן בני דעת ע"ש ונראה דר"י הוכיח כן מדתנן חרש וחרשת שחלצו חליצתן פסולה ובכל מקום שנאמר פסולה פוסלת על האחין כמבואר בגיטין דף כ"ד ע"ב דאמר שמואל כן והלא בחרש וחרשת שאין שומעים ואין מדברין חליצתן לאו כלום היא ולא פסלה מן האחין דלאו בני דיעה הם, ואין לאמר דמשום קטן נקט כן, וכי כך הדרך שינקוט שנייה שלא בדיוק משום חדא, אע"כ דחרש וחרשת דמתניתין בשומעים ואין מדברים ומשום שאינם באמירה והחליצה פסולה ופוסלת אבל בחרש וחרשת שאין שומעים ואין מדברים החליצה שלהם לאו כלום היא כרמב"ם, ומה"ט אמר ר"י אמר רב שם רק על קטן הא מני ר"מ אבל לרבנן חליצה לאו כלום ולא קאמר על חרש וחרשת דמתניתין דסובר כר"י דחרש וחרשת דמתני' שומעים רק שאין מדברים והחליצה פסולה ופוסלת, אך עיין בפי' המשניות לרמב"ם שם וכן כ' הרשב"א והריטב"א שם על מתניתין דתנן חרש שנחלץ ולא תני כמו בכל מקום חרש שחלץ משום דבעלמא מסעי' היבם בדעתו לחליצה אבל בחרש שאינו שלם בדעתו ואינו בר כוונה אינו מסעי' לחליצה ע"ש ולפי הירושלמי והרמב"ם דחרש דמתניתין היינו שומע ואינו מדבר הלא הוא כפקח לכל דבר ועדיין קשה למה שינה התנא בלשונו ותני שנחלץ, ונראה דבכלל חרש וחרשת נכלל הכל לר"י הן אינו שומע ואינו מדבר והן אינו שומע ומדבר ור"י קאמר משום שאינם באמירה ולא משום שאינם בני דעת משום שומע ואינו מדבר דבכלל ג"כ ונקט מה"ט חליצה פסולה ולא תני החליצה אינה כלום משום דבכלל ג"כ שומע ואינו מדבר דחליצתו פסולה ופוסלת, ותני נחלץ לאשמועינן דבכלל ג"כ חרש שאינו שומע ואינו מדבר דאינו בר דעת ואינו מסעי' כלום לחליצה, ור' יונה אמר שפיר דכללא דרבי לאו כללא, דרבי אמר דכל היכא דתני חרש אינו אלא אינו שומע ואינו מדבר ומהך מתניתין מוכח שבכלל בחרש גם אינו שומע ומדבר, ושומע ואינו מדבר:

והנה בזה יש לי עיון, זה כארבעים שנה העמידו בתי למוד לחרש וחרשות שאין שומעין ואין מדברים והמציאו המלאכות חדשות שלא היתה עדיין מקדם ללמד לחרש וחרשת כתב ולשון שיבינו לכתוב ולקראת המכתב במבטא שפתיהם בכבדות ולהבין מה שנכתב שם ולהשיב כראוי על מה שכותבים להם הן בכתב והן בע"פ כבני דעת וגם במלאכת החשבון יש להם ידיעה כשאר בני אדם וגם לומדים שם אומנות שונות ויכולים לישא וליתן כשאר בני אדם ולפרנס עצמם כראוי, גם יכולים לקרא מתוך החומש בלשון הקודש המקראות הנצרכים לחליצה בכבדות ובערל שפתים אם כימא דרק בימים הראשונים שלא היה אפשר בשום אופן ללמדם כתב ולשון ונמשלו כבהמות נדמו לא הבינו שום דבר ונשארו בלי דעת ותבונה ולא היו בני דיעה ולא יכלו ג"כ לקראת הפסוקים בשום אופן, ועתה שנשתנה הדבר כמו שכתבתי למה לא יחשבו לבני דיעה ע"י הלמוד נתעורר כח השכל משינתו אצלם ובכבדות יכולים ג"כ לקרא הכתובים לאט לאט הלא המר"י ערמאי בח"ב באה"ע סי' ע"ז כתב על יבם שהיה נלעג לשון וערל שפתים ולא היה יכול לבטא היטב ולהפריש בין ה' לא' ובין א' לעין ושכלו היה חלש שבכל זאת חליצתו כשרה כיון שאנו יודעים שמנהגו להחליף ה' בא' ומבינים לשונו ואף שכלו חלש כיון שיכול לישא וליתן עם בני אדם חליצתו כשרה ע"ש ה"נ בזמננו בחרש וחרשת שלמדו בבתי למוד שלהם שנים רבות עד שיבינו לקרא ולכתוב ולבטא בשפתים ולישא וליתן תהיה החליצה שלהם כשרה, ואין לחלק דהתם הוא שומע מה שיבמתה אומרת ומשיב על מה ששמע ממנה משא"כ בחרש שאינו שומע דברי יבמתו ואף שמשיב אחר שכלתה לדבר לא חפצתי לקחתה לא מהני, הלא מדאמר רבא ביבמות ק"ד ע"ב רק באלם ואלמת פסולה משום שאינם באמר ואמרה למה לא אמר ג"כ במדבר ואינו שומע שפסולה שאין שומעים מה שידברו אע"כ דבכה"ג החליצה כשרה דלא כתיב שמיעה בקרא וכיון שמשיב כראוי שפיר דמי, אך עיין בריטב"א ביבמות ק"ד ע"א ד"ה מ"ט לאו שב' באינו שומע ומדבר לא מהני קריאה כיון שאינו שומעין זה לזה, ושם ע"ב ד"ה א"ה כתב ג"כ דאינו שומע ומדבר עומד כבהל ולא מלי מכווני כיון דלא שמע ע"ש ולפי דבריו כל חרש שאינו שומע ומדבר לאו בר חליצה הוא או בהיפך אם היא חרשת ומדברת לאו בת חליצה היא וזהו דבר חדש, ואודות הכוונה שהחלוץ והחולצת צריכים לכוון בחליצה להתיר הזיקה כיון שמבינים מה שכותבים להם יכולים ג"כ לכתוב על הנייר כל הענין שהיא זקוקה לו ואסורה לשוק וע"י שיחלוץ לה הותרה הזיקה ומותרת וצריכים לכוון זאת בשעת החליצה להתיר אותה, והנה ביש אח אחר וודאי לא יחלוץ החרש, אך אם

ליכא

ליכא אח אחר כ"א הוא והיבמה עדיין ילדה ותתעגן כל ימיה יש לעיין אם לא נחוש לעיגון ולהתיר החליצה:

שם סעיף מ"ד צריך שיכוונו, עיין בתשו' חכם צבי תשו' א' שכ' חליצת מומר י"ל פסולה משום דאדעת דנפשיה עביד כמו דאמרינן בגיטין כ"ב בנכרי דעבד אדעתא דנפשיה ואינו מכוון לפטרה, ומביא ראי' מתוס' יבמות ק"ד ע"ב ד"ה והא לאו שהקשו מחרש שאינם בני כוונה ומאי קושי' הלא בלי כוונה חליצה פסולה לפסול על האחין ובחרש וחרשת הלא החליצה באמת פסולה אע"כ דסברו דבלא כוונה חליצה לאו כלום היא והא דאמרינן ביבמות ק"ה חלוץ לה ובכך אתה כונסה דאמר רשב"א דנפסלה על האחין היינו רק מדרבנן כמו ברקיקה ע"ש ויש לחלק בחרש וחרשת דאינם בני דעת ואינם ראוי לבילה אין יכולים לכוון בכה"ג החליצה לאו כלום היא, ושפיר הקשו תוס' וע"ז תירצו דע"י עומד ע"ג יכולים לכוון אבל במי שראוי לכוון כיון שראוי לבילה י"ל אין בילה מעכבת כל כך שהחליצה תחשב ללא כלום כ"א עכ"פ פוסלת על האחין ומיושב קושיתו מיבמות ק"ה דשם היבם ראוי לכוונה ואף שלא כיון חליצתו פוסלת על האחין עכ"פ, ועיין ברשב"א בחולין י"ב ע"ב שמביא בשם רבו ר"י שחולק על תוס' דבחרש וחרשת לא מהני עע"ג דרק בגט דיכולים לעשות שליח מהני כונת העומד ע"ג משא"כ בחליצה דלא מהני שליחות גם כונת עע"ג כלא נחשב ע"ש ובזה יש לאמר פליגי הרמב"ם והרשב"א והרמב"ן והריטב"א, הרמב"ם סובר כש' ר' יונה דבחרש וחרשת לא מהני עומד ע"ג וכיון שאינם ראוים לכוונה הכוונה מעכבת אצלם ואין החליצה כלום, והרמב"ן והרשב"א והריטב"א סוברים כסברת תוס' דמהני בחרש וחרשת ע"ג וראוים לכוונה רק שאינם באמר ואמנה לכן סוברים דעכ"פ החליצה פוסלת על האחין, ומה שכ' הח"ל לדמות מומר לנכרי שעושה על דעתיה דנפשי' יש לאמר במומר לתאבון ולא להכעיס דאמרינן בחולין דף ג' דחזקה שלא שבק התירא ואכל איסורא וכיון שבידו לכוון לקיים מ"ע דחליצה ולהתירה לשוק לא שבק היתר להכשילה שתנשא בלא חליצה, ורק מי שהמיר להכעיס וודאי י"ל כהח"ל:

שם סעיף מ"ה וכן אם רקקה, עיין ברא"ש ביבמות דף ק"ה שהקשה אי רקיקה בלחוד פוסלת על האחין למה הוצרכו הכי אמוראים ביבמות ק"ה לחליצה מוטעת לפסלה על האחין למה לא אמרו לה שתרוק לפני היבם בב"ד ותפסל עליו ע"ש ועיין בבית מאיר כאן שתמה על קושיתו הלא בסימן קס"ה מבואר דאם נדרה הנאה מיבם אחר מיתת בעלה לבטל היבום אין כופין אותו לחלוץ ה"נ אם תרוק לפני היבם לפסול עצמה עליו לא היה אפשר לב"ד לכופו לחליצה והניח בצ"ע ויש לתרץ בנודרת הנאה מעצמה בלי התעוררות מב"ד אין כופין את היבם לחלוץ אבל אם הב"ד אומר לה שתרוק ואינה רוקקת מעצמה שפיר כופין אותו דהיא עשתה רק מה שבשלטותה לעשות מהב"ד, גם אפשר לאמר בנדרה הנאה הלא גם עתה בידה להתיר נדרה ואם לא אבתה אין כופין היבם אבל ברקיקה כשרקקה שוב אין בידה לתקן שתהי' מותרת ליבם כופין את היבם ושפיר הקשה הרא"ש ותירץ דכיון דהיבם אינו רוצה לחלוץ ואינו מכוון לחליצה אף שהיא מכוונת לא נפסלה ברקיקה ומביא ראי' מיבמות ק"ב דאמרינן שם בנתגלגלה בין האחים אם ראינו שחללה מאח אחד מכולם חיישינן שכוונו לחליצה ונפסלה אבל אי לא חיישינן שכוונו שניהם לא נפסלה ע"ש ויש לחלק בין הנושאים בחליצה דנעשה באיש על ידה צריכין שיתכוונו שניהם, אבל ברקיקה שרק היא בלבד רוקקת ולא נעשה המעשה ביבם די בכוונתה וא"צ לכוונתו, ובזה יש ליישב קושי' הרמב"ן ביבמות ק"ב שהק' שם מאי מקשינן שם אם חללה הלא תנינן אם לא כוונו חליצה פסולה מאי קושי' הלא אף בלא כוונה החליצה פוסלת ולכן אם חללה אסורה לנשא לאחין כמבואר בגיטין כ"ד וביבמות ק"ו מינך אפסלה לה אע"ג דלא כיון לחלוץ ומביא תירץ בשם מהר"י עגאש דהתם ביבמות ק"ו אפסלה לה משום קריאה ורקיקה אבל בחליצת מנעל לחודא אם לא כוונו לא נפסלה ותמה הרמב"ן עליו אם חליצת מנעל לא תפסל בלא כוונתו איך יפסול קריאה ורקיקה ע"ש ולפמ"ש מובן היטב בחליצת מנעל דנעשה מעשה ביבם צריכין לכוונתו אבל ברקיקה וקריאה דלא נעשה רק ממנה א"צ לכוונתו ודי בכוונתה לחודא וע"ש ברשב"א שתירץ דבקושי' ובתירץ ראשון היו סוברין פסולה ואינה פוסלת ושפיר מקשינן ומתרצינן ורק בתירץ שני אסקינן דפסולה היינו שפוסלת לאחין אף בלא כוונה ע"ש ועפ"ז יש להבין ב' לישנא דרבא ביבמות ק"ד דבתחלה אמר רבא באלם ואלמת כשרה דבתחלה סבר דחליצה פסולה ואינה פוסלת על האחין ומפרש חרש וחרשת באין שומע ואין מדבר דלאו בני דעת הן ומקשינן מר' ינאי דמפרש חרש וחרשת באלם ואלמת דסובר פסולה ופוסלת מן האחין וע"כ לאו באינו שומע ואינו מדבר דאז החליצה לאו כלום היא ואינה פוסלת וע"כ באלם ואלמת משום שאינם באמירה והם בני דיעה ופוסלין וחזר רבא ומפרש כר' ינאי ופוסל אלם ואלמת

ועיין מה שכתבתי לעיל סעיף מ"ג באריכות בזה:

שם סעיף מ"ח סומא אינו חולץ לכתחלה ואם חלץ חליצה כשרה, כן הוא בברייתא ביבמות דף ק"ג ע"א וע"ש בתוס' ד"ה והחולצת מן הסומא שהקשו היכא ס"ד למעוטי סומא ע"ש ונראה דעיין בב"ק דף פ"ז דסובר ר' יודא סומא פטור מכל המצות שבתורה ויש שם ב' לישנא בלישנא קמא אמר ר' יוסף מאן דאמר לי הלכה

כר' יודא עבדינן ליה יומא טבא דגדול אינו מצוה ועושה, ובגליונא בתרא אמר בהיפך מאן דאמר אין הלכה כר"י עבדינן ליה י"ט דגדול מצוה ועושה ע"ש ועיין במקנה בקדושין ל"א דסומא לר' יודא אינו מצווה אפי' בלא תעשה וכן מוכח מתוס' בב"ק שם שכתבו דאף לר"י סומא חייב במצות מדרבנן שלא יהיה כנכרי ואי היו סוברים לר"י פטור הסומא רק ממצות עשה וחייב בל"ת לא דמי' לנכרי דפטור מכל התורה, ולפ"ז סומא אסור לחלוץ דאינו מצווה בעשה דחליצה ועיין במהרי"ט ח"ב אה"ע סי' ט"ז דאוכלת דפטורה ממצות ואינה בעשה דחליצה אם נחלצה אז החליצה כלא נחשבת ה"כ בסומא אם פטור מכל המצות אינו בעשה דחליצה ולא בעשה דיבום, ועיין בקדושין דף ל"א בקרבן נתנאל על הרא"ש שם שחולק דסומא פטור רק ממ"ע וחייב בכל ל"ת ע"ש לפ"ז הי' אסור ליבם דהא אינו בעשה דיבום ואיסור לאו דאשת אח איכא גביה שלא במקום מצוה ושפיר צריך לאשמעינן בברייתא דחליצת סומא כשרה דלא כר' יודא דפוטר הסומא מכל המצות ולדידי' חליצתו פסולה:

שם סעיף מ"ט קטנה שחלצה לגדול, עיין בב"ש ס"ק מ"ט שכ' דלהרי"ף דסובר דחליצת קטנה כשרה בדיעבד הא דאמר רבא בחליצת קטנה עד שתביא ב' שערות היינו לכתחלה וכן כ' הב"ח ע"ש ולא הבנתי דעיין בנדה מ"ו דאמר רבא שם קטנה שהגיע לשנים חזקה הביאה ב' שערות למיאון אבל לחליצה אין סומכין על החזקה וצריכין לבדוק בשערות ע"ש והא תינח אם קטנה פסולה מה"ת לחלוץ צריכין לבדוק בשערות ולא נסמוך על החזקה אבל אי מה"ת כשרה רק מדרבנן לכתחלה לא תחלוץ ודאי א"צ לידע בברור שהביאה סימנים ויכולין לסמוך אחזקה דרבא ודי בשנים לחוד וכן כ' ר' יוסף כתיב כ"ה חלק ב' מדכתב הרי"ף עד שתביא ב' שערות ע"כ סובר בקטנה חליצתה פסולה דלא כירושלמי וכן כ' הרמ"ה דלית הלכתא דחליצת קטנה כשרה דהא קיי"ל עד שתביא ב' שערות:

שם סעיף נ"א אמרו לו חלוץ לה ובכך אתה כונסה, בזה פליגי ר"ל ור' יוחנן ביבמות ק"ו לר"ל כשרה החליצה ולר' יוחנן הוה חליצה פסולה ופוסלת על האחין וכן מליצו שם שרחב"א אמר שם להיבם חלוץ לה ובכך אתה כונסה ואח"כ אמר מנך אפסלה ע"ש ועיין ברא"ש ביבמות פ' מצות חליצה סי' י"א שתמה שם על הרי"ף שפוסק שם כשמואל דרקיקה פוסלת על האחין מכל אמוראי רחב"א אביי ור"פ ביבמות ק"ו שצוו להיבם לחלוץ ע"מ לכנסה למה לא אמרו ליבמה לרקוק לפסלה על היבם ותירץ דמוכח מיבמות ק"ב ביבמה שנתגדלה בין האחין דאם חלצה המכעל מן אח אחד דחיישינן שמא כוונו אבל אם לא כוונו שניהם לא נפסלה מן האחין וכיון דהיבם לא רצה לחלוץ וודאי לא יכוון ברקיקה ולא נפסלה עליו ע"ש ותירוצו לע"ג הלא רחב"א שם אמר להיבם שיחלוץ ע"מ לכנסה ובכה"ג הלא אמר ר' יוחנן כיון דליכא כוונה פסולה ובכל זאת אמר רחב"א דע"י חליצה זו מינך אפסלה אלמא דאפילו בלא כוונת החולץ החליצה פוסלת ואיך הוכיח מיבמות ק"ב דבלא כוונה אינה פוסלת ומתרץ בזה על רחב"א דמוכח מיניה היפך, ונראה ואתרץ גם קושי' הרמב"ן ביבמות ק"ב שהקשה שם מאי מקשה הגמ' אפילו חלצה נמי תהי' מותרת לאחין משום דליכא כוונה הלא מליגנא דר"י משמע דבלא כוונה הוה החליצה פסולה לפסול על האחין, ונראה דעיין בתשו' ח"ל סי' א' דכיון דחליצה הוה מ"ע אם מצות צריכות כוונה בעי כוונת מצוה שיתכוונו לקיים העשה ומלבד זאת בעי כוונת הקנאה שצריכים לכוון שבחליצה זו תפסוק הזיקוק שהיה לו ליבם זכות בה שתקנא היא את עצמה שתוכל לישא לכל מי שתרצה ע"ש נראה בזה פליגי ר"ל ור' יוחנן ר"ל סובר בפסחים דף קי"ד מצות צריכות כוונה וסובר דדי בכוונת מצוה לכן אם חולץ ע"מ לכונסה החליצה כשרה דעכ"פ מכוון לקיים מ"ע דחליצה ור' יוחנן סבר דבעי ג"כ כוונת הקנאה ואם חולץ לכנסה אין כאן כוונת הקנאה, לפ"ז ביבמה שנתגדלה בין האחים אם נזדמן שתחלוץ לאחד מן האחים מנעלו ולא יתכוונו למצות חליצה אז אין חליצה פוסלת על האחין ושפיר מקשינן שם מאח"כ בדאיכא כוונת מצוה רק דליכא כוונת הקנאה אז הוה חליצה פסולה לפסול על האחין ושפיר אמר רחב"א בחלוץ ע"מ לכונסה דאיכא כוונה לקיום מ"ע דמינך נפסלה, לפ"ז שפיר כ' הרא"ש דברקיקה אם אין היבם מכוון למצוה אין הרקיקה פוסלת, ובלי תירץ הרא"ש נראה לתרץ קושית הרא"ש באופן אחר דע"ש ברשב"א וריטב"א שהקשו על ר' פפא שתמה על אביי דאמר תחלה חלוץ לה ובכך אתה כונסה מר' יוחנן דחליצה בלא כוונה פסולה מאי קושי' הלא רחב"א שם אמר ג"כ כאביי חלוץ לה ובכך אתה כונסה וידע מהא דר' יוחנן דחליצה פסולה בכה"ג ועשה כן רק לפסלה עליו כמו שאמר אחר שחלץ מינך אפסלה ה"כ י"ל על אביי ע"ש ונראה דקושי' ר"פ היתה למה לו לאביי ב' חליצות הלא די לו שיאמר לה לרקוק ולפסלה על היבם אע"כ דאביי סובר דחליצה זו כשרה כר"ל ותקשה עליו מר' יוחנן דפוסל החליצה ויעץ לו שיטעה את היבם שיאמר לו שתתן לו מאתים זוז וחליצה כזו כשרה היא ותספיק חליצה אחת וכן מבואר שם בראשה אחת שנפלה לפני היבם שאינו הגון ואמרו לו שיחלוץ לה ע"מ שתתן לו מאתים זוז ע"ש ועליהם ודאי לא קשה קושי' הרא"ש דלמה יאמרו שתרוק קודם חליצה ולשנות הסדר דסידור החליצה רקיקה אחר החליצה לפסלה עליו ואח"כ תחלוץ הלא טוב יותר

לחלוץ

לחלוץ מיד חליצה כשרה ולהטעות אותו שתתן לו מאתים, וכל קושי' הרא"ש אינה אלא על רחב"א דלמה לו לחלוץ ב' פעמים בתחלה חליצה ע"מ לכונסה לפסול אותה על היבם ואח"כ לכופו על חליצה כשרה הלא הי' יכול לאמר לה שתרוק בפני היבם לפסלה עליו והי' די בחליצה אחת, והלא על רחב"א בלא"ה קשה טובא למה ליה ב' חליצות הלא היה יכול להטעותו במאתים ולחלוץ מיד חליצה כשרה דהא במעשה דרחב"א אמרה היבמה שידעת שאין היבם רוצה בה רק שנותן עיניו בממונה וכיון שרצה בממון היה לו להטעותו בממון ועכצ"ל דרחב"א סובר דלא כהלכתא אף דקי"ל בכתובות ע"ד דחליצה מוטעת כשרה דתנאי לא מהני בחלוצה סובר הוא כהנך תנאי ביבמות כ"ג לפי תירץ רבינא שם דכ"ע תנאי מהני בחליצה וכפי' רש"י שם דאף דקיי"ל דלא מהני תנאי הנך תנאים סוברים דמהני ורחב"א סובר כהך תנאים לכן לא אמר חלוץ ע"מ שתתן לך, ה"נ י"ל ברקיקה דהוא סובר דלא כהלכתא וסובר דרקיקה אינה פוסלת, וכמו דלא חיישינן לרחב"א בחליצה מוטעת וקי"ל דא"צ ליתן ה"נ לענין רקיקה לא חיישינן לדבריו וקיי"ל דרקיקה פוסלת דמר' פפא ואביי מוכח נגד רחב"א כי אם דסוברים כשמואל דרקיקה פוסלת והכי קיי"ל:

סימן ק"ע

סעיף א' היבמה שנתן לה היבם גט, עיין בב"ש סק"א שמביא הגמ' דיבמות כ"א דגט ומאמר אינם אלא מדרבנן ולא מה"ת ועיין בלבוש כאן סעיף ב' שכ' שמן התורה אינו מועיל קדושי כסף ושטר מדכתיב יבמה יבא עליה ויבמה ביאה גומרת ואין כסף ושטר גומרין בה ע"ש ודבריו תמוהים אללי הלא לב"ש דסובר מאמר קונה מה"ת בכל זאת מודה דמאמר לא מהני לסלק הזיקה מהיבמה שלא תצטרך חליצה כ"א גט כמו בביאה דדי בגט דביאה תסלק הזיקה והוה כאשתו לכל דבר ודי בגט ומותר לחזור וליקח אותה אחר הגט משא"כ בעשה מאמר ולא בעל צריך ליתן לה גט ולחלוץ לה דקרא דיבמה יבא עליה גלה לן דרק בביאה די לסלק הזיקה ולא במאמר ועדיין יש לאמר דמאמר מה"ת קונה כמו לב"ש עד שלדעתי יש לתרץ קושי' תוס' ריש קדושין שהקשו שם על מתניתן למה לא תני מנינא היבמה נקנית בדרך אחד בביאה וקונה עצמה בב' דרכים ע"ש כיון דלב"ש מאמר קונה מה"ת ביבמה ורק לב"ה לא קנה מה"ת לפ"ז לב"ש נקנית בב' דרכים ולב"ה בחדא מה"ת לכן לא תני מנינא משא"כ בשאר נשים לכ"ע נקנית בג' דרכים מה"ת, ועיין בתוס' בקדושין י"ד ד"ה ותהא יבמה שהקשו בשלמא בא"א שמקודשת בשטר יוצאת בשטר משא"כ ביבמה ע"ש ג"כ יש לאמר דקושי' היא לב"ש דסובר דמאמר בשטר קונה מה"ת ביבמה, שנית כיון שכל הזיקה באה ע"י קדושי בעל הראשון שמת וקדושין הללו הם בשטר י"ל דמהני שטר לסלק הזיקה, ומצאתי ברש"י ביבמות כ"ב ע"א ד"ה נתן לה כסף ובנמוקי יוסף שם שכתבו הטעם דמאמר לא קני מה"ת ביבמה משום שאין קדושין תופסין באיסור אשת אח עש"ה וטעם זה תלי' בא"ש ורבנן דעיין ברמב"ם בפי' המשניות שלו סוף פרק קמא דבכורות ובחבורו בפרק א' מה' יבום ה' י"א ובר"ע ב' סוף פ"ק בכורות שכ' דא"ש ורבנן פליגי בזה לא"ש נשאר איסור אשת אח עד שמייבם ובועל לשם מצות יבום ולרבנן מיד כשמת בלא בנים נסתלק איסור אשת אח ע"ש לפ"ז לא"ש שפיר יש לאמר הטעם דקדושי כסף לא מהני מה"ת משום איסור אשת אח ורש"י ור"ת ורא"ש ביבמות ל"ט פסקו כא"ש, אך לרבנן דא"ש דאי' אשת אח כבר נסתלק במיתת הבעל עדיין יש לאמר שיקנו קדושי כסף ושטר מה"ת והרי"ף והרמב"ם ורמב"ן ורשב"א וריטב"א כולם פסקו כרבנן דא"ש, על שיש מקום לאמר דב"ש וב"ה בהא פליגי ב"ש כרבנן דא"ש לכן סובר מאמר מה"ת קונה וב"ה כא"ש לכן סובר דאינו קונה מה"ת אך לפ"ז היה קשה הלא הלכתא כב"ה והלכתא לרוב ראשונים כרבנן דא"ש והיה ראי' מכאן לרש"י ור"ת ורא"ש דהלכה כא"ש וכב"ה, ועיין ביבמות דף ל"ב שם פליגי רב ושמואל לרב אין קדושין תופסין בשומרת יבם ולשמואל מספקא ליה ולריכה גט מספק ע"ש יש לאמר בהא פליגי רב סובר כיון דכל הזיקה באה ע"י קדושי הבעל שמת כל זמן שלא נתיבמה או שלא חלצה עדיין תופסין קדושין לראשו' ואין קדושין אחר קדושין לכן אין קדושין תופסין בשומרת יבם וגם מאמר היבם לא קני, ושמואל מספקא ליה בהא ולפ"ז עדיין קשה כיון דהלכתא כשמואל בהא היה לן לאמר דמאמר הוה ספק אי קונה מה"ת או לא ואיך אנו מחליטין דודאי אינו קונה מה"ת:

שם סעיף ג' מאחר שאין מאמר קונה קנין גמור מועיל המעשה שנעשה אח"כ הן מאמר אחר מאמר או מאמר אחר גט, עיין ביבמות דף כ"ט ע"ב דמאמר דהתירא קונה מאמר דאיסורא אינו קונה וע"ש ברש"י ד"ה דהתירא שכ' שמאמר דהתירא היינו אם רוצה ליבם יוכל ליבם בשעת מאמר אבל מאמר דאיסורא דאי הוה רצה ליבם אינו רשאי לא קנה ע"ש וק' איך אמרינן הכא דמאמר אחר מאמר או אחר גט קונה הלא הוה מאמר דאיסורא דהא אסור ליבם אחר גט וגם אסור ליבם הצרה כיון שעשה מאמר באחת אסורה השני' משום שאסור לבנות ב' בתים, ואמרתי לתרץ דיש לאמר הא דאמרינן דמאמר דאיסורא אינו קונה הטעם משום דאי עבד לא מהני ועיין בכתובות דף פ"א דאמר ר' יוסף כיון דאמרו רבנן לא לזבן אי זבין

לא מהני והכי קי"ל באה"ע סי' קס"ח, ועיין בתוס' בתמורה דף ו' שהקשו שם הלא כ"מ בין אביי לרבא בנשבע או בנדר שלא לעשות ותירצו דרק באי' הבא מאליו אמרינן כן ולא באי' שבדה מלבו והוא גרם האיסור ע"ש לפ"ז ביבמות כ"ע שמת תחלה אח אחד ואח"כ מת השני שהיו להם ב' אחיות דהאיסור בא מעצמו לכן אמרינן דמאמר לאיסורא לא קנה, אבל כאן הוא גרם האי' שע"י שעשה מאמר בראשונה או ע"י שנתן גט לה גרם שהמאמר השני נאסר בכה"ג מהני ולכן קונה, אך הלא הגהות מרדכי סוף שבועות חולק על תוס' וסובר דאף בשבועה ונדר אמרי' לא מהני ובי"ד סי' ר"ל בהג"ה פוסק כהגהות מרדכי ועיין בשו"ע בש"ע ח"מ סי' ר"ח שמאריך לפסוק כהמרדכי, וכעין זה יש להקשות דהכא אמרי' דביאה אחר גט או ביאה אחר שעשה מאמר באחרות מהני ולר' נחמי' לפי' רש"י ורע"ב במשנה יבמות נ' א"ל אחר ביאה פסולה אפי' חליצה ודי בגט לחוד הלא הרמב"ן והר"ן והריטב"א בקדושין דף יו"ד כולם הקשו שם על הרי"ף והרמב"ם שסוברים דגז"ש דקיחה קיחה קאי על נשואין דמהני הערלה לגמור הנשואין אבל לקדש בעי ביאה גמורה הקשו כולם הלא כמו דאמרינן ביבמות כ"ע מאמר דאיסורא אינו קונה גם ביאה דאסורא אינה קונה וארוסה אסורה בלי חופה כנדה ותירצו כיון דבועל לשם נשואין לא עבד איסור כ"א כשבועל לשם זנות ע"ש ואיך אמרינן הכא בביאה פסולה דהוה ביאה דאיסורא דקונה, ואין לחלק דהכא הוה רק אי' מדרבנן דהגט והמאמר הראשון אינם אלא מדרבנן הלא התם בקדושין י' ג"כ ליכא איסור דאורי' דארוסה אינה אסורה כ"א מדרבנן וכמו שכתבו כל הראשונים הביאם הש"מ בכתובות ח' דמה"ת ארוסה מותרת בלי חופה ועיין ברמב"ם בפרק י' מה' אישות שכ' בהלכה א' דארוסה אינה אסורה מה"ת ועש"ה בה"ה שכ' פשוט הוא ומבואר כן בהרבה מקומות ובכל זאת החליטו כל הראשונים שביאה שאסורה רק מדרבנן לא קני' ואיך אמרינן הכא דביאה דאסורה מדרבנן קני' (ואגב אעורר על הרי"ף והרמב"ם שסוברים דהא דדרשינן ביבמות כ"ה גז"ש דקיחה קיחה דמהני הערלה קאי על נשואין דדי בגמר בביאה כל דהוא הלא מה"ת ארוסה מותרת והנשואין רק מדרבנן כמבואר ברמב"ם שהבאתי ואיך אפשר שהגז"ש דקיחה קיחה קאי על נשואין וצ"ע) והנה בפלוגתא דרבנן ור' נחמי' בביאה פסולה דלר' נחמי' די בגט לפי' רש"י במשנה ולפי' רע"ב שם דק' נמי מה שהקשתי הלא ביאה דאסורא לא קני' יש לאמר דפליגי בפלוגתא דר' יוסף ואביי בכתובות פ"א דר"י שם סובר דכיון דאמרו רבנן לא לזבן אי זבין לא מהני ואביי חולק וסובר דמהני ע"ש דרבנן דר' נחמי' סוברים כר' יוסף דכיון דביאה פסולה אסורה מדרבנן לא מהני ויש אחריה כלום

ולריכין חליצה ור' נחמי' סובר כאביי דמהני, והנה מאביי שם ליכא הוכחה דמחלק בין אי' דאורי' לאי' דרבנן הלא הוא סובר בתמורה ה' כל מלתא דאמר רחמנא לא תעבוד אי עבד מהני אף בדאורי' אך הלא שם בכתובות ר' מניומא בריה דר' נחומי' סובר שם כאביי והוא סובר ודאי כהלכתא כרבא דלא מהני וע"כ מחלק בין אי' דאורי' לאי' דרבנן וי"ל ר' נחמי' כר' מניומא ולהלכתא דקיי"ל כרבנן דר"כ הלכה כר' יוסף:

גם יש לעיין איך ביאה פסולה דאסורה מדרבנן קני' ולר' נחמי' לרש"י ורע"ב במשנה קיים מ"ע דיבום וא"ל רק לגט ולא לחליצה הלא בפסחים ל"ה ע"ב אמרינן בטבל דרבנן אין יוצאין ידי מ"ע דאכילת מצה וע"ש ברש"י ד"ה טבול מדרבנן שכ' דהוה מצוה הבאה בעבירה ולאו מצוה היא ואיך קיים המצוה בביאה פסולה דעבד איסור דרבנן הלא הוה מצוה הבאה בעברה ולאו מצוה עבד, אם לא שנאמר דעיין ברמב"ן ביבמות כ"א שכ' על סתירת רש"י דבמשנה פי' רש"י לר"כ דבביאה פסולה א"ל חליצה ובר' יוחנן שם דאמר לר' נחמי' עשאו ביאה פסולה כמאמר פי' רש"י דלריכה גט וחליצה דבזה פליגי רבנן דתמן ור' יוחנן בירושלמי שם רבנן דתמן סוברים לר' נחמי' א"ל אלא גט ור' יוחנן סובר דבעי גט וחליצה ולכן סובר לר' נחמי' ביאה פסולה אינו אלא כמאמר ורש"י במשנה פירש כרבנן דתמן, ובר' יוחנן כ' כמו שסובר דבעי לר' נחמי' גט וחליצה עש"ה ועיין בסוכה כ"ט ע"ב דמתרץ שם ר' יוחנן דמש"ה אין יולאין תוך ז' בלולב גזול דאתי' כרשב"י דמלוה הב"ע לאו מלוה היא וסובר דאף במלוה דרבנן הוה כמלוה דאורי' ואמרי' בה מלוה הב"ע ושמואל שם דף ל' חולק על ר' יוחנן דיולאין בגזול תוך ז' ורק בי"ט ראשון אין יולאין וכתבו תוס' שם דגם שמואל סובר כרשב"י מלוה הב"ע רק שמחלק בין מלוה דאורי' למלוה דרבנן ע"ש לפ"ז נראה לר' יוחנן דאינו מחלק במלות בין דאורי' לרבנן ה"ה דאינו מחלק בעברות בין דאורי' לרבנן, אבל לשמואל דמחלק במלות ה"ה דמחלק בעברות דרק בעברה דאורי' אמרינן מלוה הב"ע אבל בעברה דרבנן לא, לפ"ז יש לאמר ר' יוחנן לשיטתו דסובר דאף בעברה דרבנן הוה מהב"ע לכן סובר לר' נחמי' דבביאה פסולה לא קיים המלוה ולריכין חליצה עם גט ורבנן דתמן דחולקים עליו וסוברים לר' נחמי' די בגט סוברים כשמואל דבעברה דרבנן לא הוה מהב"ע וקיים בביאה פסולה המלוה וא"ל חליצה, וסוגי' דפסחים דמוקי בטבל דרבנן אזלי לר' יוחנן דגם בעברה דרבנן הוה מהב"ע ורש"י לר' יוחנן שפיר פירש דבעי גט וחליצה, ורש"י במשנה פי' כרבנן דפליגי על ר' יוחנן וסברו כשמואל דהרמב"ם בפ"ח מלולב והש"ע בא"ח סי' תרמ"ט פסקו כשמואל:

ועל

ועל מה שהנחתי לעיל בצ"ע על הרמב"ם והרי"ף שסברו דגז"ש קיחה קיחה קאי על נשואין הלא מה"ת ארוסה מותרת וא"צ נשואין אחר העיון לא קשה דנהי להתיר הביאה א"צ נשואין אבל ליורשה ולטמא לה כשהוא כהן ולהפר נדריה לבדו בלי אביה צריכין מה"ת לנשואין דארוס אינו יורש את ארוסתו וכהן ארוס אסור מה"ת לטמא לארוסה ולהפרת נדריה אינו יכול להפר לבד בלי אביה וע"ז דרשינן גז"ש דקיחה קיחה דאם עשה העראה בה דהוה נשואין דלא כמהר"א ששון שהביא השעה"מ בחופת חתנים סוף סעיף ה' דסובר שהנשואין הן רק מדרבנן וע"ש בטעם המלך שכ' שהשעה"מ הביא בכתובות ז' ע"ב חבל נביאים ובתוכם הרמב"ן והרשב"א שסוברים דחופה רק מדרבנן ע"ש וטעה בזה דהם לא כתבו רק לענין איסור ביאה אבל הנשואין מדאורייתא כמו שכתבתי:

שם סעיף ה' כשבאים להוציאה למ"ד חליצה פסולה צריכה לחזור על כל האחים, עיין ביבמות כ"ו ע"ב דפליגי רב ושמואל לרב צריכה לחזור על כל האחין ולשמואל די בחליצה אחת ובירושלמי שם נמצא בהיפך לרב די בחליצה אחת ולשמואל צריכה לחזור על כל האחין אמנם הרשב"א שם מביא בשם ירושלמי כגמרא דידן וע"ש בפני משה, והנה בירושלמי שם מפרש דרב ושמואל פליגי בזה, רב סובר חליצה קנין הוא ושמואל סובר חליצה פטור הוא והירושלמי תמה שם על רב מב' משניות, חדא מדתנן כהן גדול שמת אחיו חולץ ואינו מיבם ואי חליצה קנין וכי יאמר לו עבור על דברי תורה, וגם ממתניתן דג' אחים, וסיים שם אילן תרין אחרניתא פליגי על רב ולית להון קיום עפ"ה לפ"ז ודאי הלכה כשמואל ולא כרב דלא כהנך שפוסקים כרב משום דהלכתא כרב באיסורא הלא הירושלמי מסיק על רב דב' משניות פליגי עליו ודבריו לית להון קיום, אך בגמרא דידן ביבמות כ"ו לא הוזכר טעמו של הירושלמי כי אם משום דיש זיקה ע"ש ודברי הירושלמי באמת תמוהים הם איך אפשר דיסבור רב חליצה קנין הוא כמו יבום, הלא ביבום כיון שקנה אותה היבם בביאתו נאסרה לעלמא כאשת איש וצריכה גט להתירה, וע"י חליצה הותרה לשוק וע"כ דחליצה פטור הוא, גם קשה על קושי' הירושלמי מכהן גדול על רב הלא בגמ' דידן ביבמות כ' מקשינן ניתא עשה ולדחה לל"ת דכה"ג ומתרצינן דגזרינן ביאה ראשונה אטו ביאה שני' ע"ש וגזרה זו שייכה ביבום אבל לא בחליצה ושפיר דוחה עשה דחליצה ללאו דלא יקח, וכי תימא דקושי' הירושלמי מאלמנה מן הנשואין דהוה עשה ול"ת ואין עשה דוחה ג"כ לא קשה דעיין בקדושין ע"ח דאמר רבא בכהן הגדול קידש אינו לוקה בעל לוקה דלא יקח רק משום לא יחלל ע"ש לפ"ז דוקא ביבום איכא עשה ול"ת משום דבעל אבל בחליצה אף דלוקה כיון דאינו בועל אין כאן ל"ת רק עשה לחודא והלא עשה דיבום דשוה בכל דוחה לעשה דבתולה מעמיו יקח דאינו שוה בכל ושפיר חולץ ואף אם נדחוק דקושי' הירושלמי לאביי בקדושין ע"ח דסובר דקידש לוקה, הלא קי"ל כרבא ורב סובר כרבא ושפיר אית ליה קיום ועיין בתוס' יבמות דף ה' ד"ה ואכתי שהקשו על יבמות כ' דגם מן הנשואין ידחה עשה לל"ת ועשה דאינו שוה בכל ונדחקו שם מאד בתירוצם ובכל אופן דוחה עשה דיבום לעשה דכה"ג בדליכא ל"ת וצ"ע, והנה בגמ' דידן אמרינן טעמו דרב דקאי למ"ד יש זיקה ועיין ברש"י ביבמות י"ז דאי יש זיקה הוה כארוסה של יבם וע"ש ברמב"ן שכ' דאי יש זיקה אין קדושין מפקיעין הזיקה דהוה כמקודשת ליבם ואין קדושין דוחין לקדושין ע"ש דמדבריו מבואר דיש זיקה מן התורה וע"ש בנמ"י שמשיג עליו דרק מדרבנן יש זיקה ויש לתלות בפלוגתא דרב ושמואל ביבמות ל"ב רב יליף שם מקרא שאין קדושין תופסין ביבמה, וסובר רב אי יש זיקה מן התורה והוה כארוסת היבם למה לן קרא שאין קדושין תופסין בה פשיטא ומדאצטריך קרא מוכח דאין זיקה ולשמואל דפליג שם דקדושין תופסין ביבמה מספק דמספקא ליה בקרא ולהאי צד דמה"ת קדושין תופסין יש זיקה מדרבנן, גם יש לתלות בפלוגתא דאבא שאול ורבנן לא"ש דסובר חליצה קודמת ליבום והיבמה עומדת לצאת מהיבם אין זיקה ולרבנן דיבום קודם ועומדת לכנוס ליבם יש זיקה והוה כארוסה ליבם, ובזה מובן דאבא שאול ביבמות כ"ח פליג עם ר' אליעזר לא"ש לב"ה בכנס אחות זקוקה יקיים ורק לב"ש יוציא ובירושלמי ריש פרק ג' דיבמות מביא בשם א"ש דלב"ה מותר לבעול לכתחלה אחת מב' אחיות הזקוקות ע"ש דא"ש לשיטתו לדידיה אין זיקה, ועיין ברש"י ביבמות ל"ט ע"ב דרב סובר כא"ש ולכן סובר רב אין זיקה, ולפ"ז לרש"י ור"ת ורא"ש שם דפוסקים כא"ש הוה הלכה אין זיקה וא"צ לחזור על כל האחין בחליצה פסולה דרק למ"ד יש זיקה אמר רב דצריכה לחזור, ולרבנן דא"ש דיש זיקה בכל זאת אפשר להלכה דא"צ לחזור על כל האחים דהא שמואל סובר יש זיקה ובכל זאת סובר דא"צ לחזור בחליצה פסולה ודי בחליצה אחת, ועיין בירושלמי ריש פרק ג' דיבמות ר' הילא בשם ר' אבינא ק"ו מה אם אחות חלוצתו שהיא מדבריהם נתנו לה חכמים צרה כאן שיש כאן איסור אחיות לא כ"ש פשיטא לך שיהיה לה צרה ע"ש משם נראה כשיטת הרמב"ן דיש זיקה מה"ת, ועיין ביבמות דף כ"ו ד"ה דכפול שכתבו דחליצה של אח שני שצריכה לחזור על כל האחין לא חשובה לחליצה גמורה לאסור אחותה משום אחות חלוצה ע"ש הנה לרמב"ן דיש זיקה מה"ת הוה החליצה שצריכה לחזור מדינא ואוסרת אחותה ורק לנמ"י ודעימיה שחולקים עליו וסוברים דרק

מדרבנן

מדרבנן יש זיקה ורק משום חומרא דרבנן צריכה לחזור יש לאמר דחליצה זו אינה אוסרת אחותה, ועיין ביבמות י"ח דאמרינן שם סד"א לאחר מיתה מותרת האם דפקעה זיקה ע"י מיתה ע"ש לא הבנתי, הלא לרש"י ורמב"ן אי יש זיקה הוה כארוסה ליבם והלא בארוסה אם הארוסה נשארה באיסור אף אחרי מותה משום חמותו ואיך ס"ד להתיר האם ע"י מיתת יבמה הלא הוה כארוסתו, ועיין ברמב"ם פרק א' מה' יבום ה' י"ד שהשמיט הא דינא דקרובות אסורות אף לאחר מיתה הלא בגמרא אמרינן דצריך לאשמעינן דסד"א דרק מחיים אסורות:

שם סעיף ח' מאמר בזו ובעל הוא או אחיו לזו וצריך לחלוץ לאחת מהן, עיין בלבוש כאן שכ' ונראה לי דחולץ לבעלת המאמר דחליצה מעולה היא לפטור חברתה אבל חליצת הבעולה האיך תפטור בעלת המאמר שהרי מן התורה אין לה עוד זיקה ע"ש ודבריו צ"ע הלא הביאה פסולה מדרבנן ומה"ת כשרה ופוטרת ביאה של אחת כל הצרות וכולן מותרות מה"ת לשוק ורק מדרבנן שפסלו לביאה החמירו שצריכין חליצה עם גט וכולן אינן זקוקים אחר הביאה מן התורה כ"א מדרבנן ומה לי אם חולץ לזו או לזו וצ"ע:

שם סעיף ט"ז ביאת בן ט' כמאמר בגדול, ומאמר של בן ט' אינו חשוב כמאמר בגדול, עיין בב"ש ס"ק י"ב שהניח בצ"ע לרוב ראשונים דסוברים דביאת קטן בן ט' אינה קונה מה"ת רק מדרבנן למה תיקנו אללו שמאמר שלו יקנה הלא מש"ה תיקנו שיקנה המאמר שלא יאמרו שגם ביאת יבם אינו קונה וכיון דביאת קטן באמת לא קנה מה"ת כ"א מדרבנן אין לגזור ע"ש נראה דרק בגדול שאמרה התורה שיקנה יבמתו בביאה שפיר הקשו למה הוסיפו חז"ל עוד קנין ע"י מאמר ומתרצינן אטו ביאה, לא כן בקטן דאין לו קנין ביבמתו מן התורה כלל יש לאמר כמו שתיקנו שביאתו תקנה את יבמתו ככה תיקנו שגם מאמרו יקנה מדרבנן, וע"ש בב"ש שכ' הא דכתב רש"י בנדה שקטן זוכה בנכסי אחיו אזל לשיטתו דסובר בקדושין י"ט דקונה בביאתו יבמתו מה"ת, אבל להחולקים עליו דאינו קונה מה"ת אינו זוכה בנכסי אחיו כלום, עד שיגדל ע"ש ובאמת אף להנך דסוברים דקטן קונה בביאתו יבמתו מה"ת עדיין יש לאמר השתא דאמרו חז"ל דביאת קטן אינה אלא כמאמר בגדול כמו דבמאמר בגדול אין הגדול זוכה בנכסי אחיו ה"נ דקטן אינו זוכה בביאתו דלגבי ממון הפקר ב"ד הוה הפקר מה"ת וחז"ל הפקיעו ירושת הקטן, ואם האחים עשו מאמר או נתנו גט להיבמה ונפסלה על הקטן ליבום וצריך לחלוץ כשיגדיל אין לו כלום בנכסי אחיו כ"א האב כשחי עדיין ואם מת יורשים כל האחים בשוה:

שם סעיף י"ז גדול שעשה מאמר ביבמה ולה צרה אין חליצת בעלת הגט או בעלת מאמר פוטרת הצרה, עיין בתוס' הרא"ש ביבמות כ"ג שכ' דכיון דהצרה אינה צריכה חליצה מה"ת דמה"ת חליצה פסולה פוטרת הצרה וכל החליצה בצרה רק מדרבנן לא נפסלה לכהונה ע"ש ויש להקשות עליו משבת דף קל"ו דשם אמרינן אם מת הולד תוך ל' ללידתו צריכה חליצה ע"ש וחליצה זו רק חומרא דרבנן דמה"ת אזלינן בתר רובא דרוב ולדות בני קיימא הם ואפ"ה אמרינן שם בנתקדשה לכהן לא תחלוץ שלא תאסר עליו אלמא דאף בחליצה מדרבנן נאסרה לכהן, ועיין במהרש"א ביבמות כ"ג שהוכיח מרש"י שם דאף דר"ג סובר אין גט אחר גט אף מדרבנן בכל זאת אם גרש גם לשני' אסורה לכהן לכן יכול לחלוץ אותה ולא שייך אללה שלא לשפוך מי באר ואחרים צריכים לה עש"ה וזהו היפך ממה שכ' תוס' הרא"ש, אם לא שנחלק כיון דגרושה מה"ת אסורה לכהן מחמרינן אף בכה"ג, משא"כ חלוצה דרק מדרבנן אסורה לכהן יש להקל היכא דכל החליצה רק מדרבנן, אך דבריו צ"ע הלא ביבמות כ"א כתבו שם הרא"ש וכל הראשונים והרמב"ם בפ"ה מה' יבום והטור כאן דכל גט דפוסל לכהונה אוסרה על היבם, ואי כמהרש"א דבגט אחר גט לר"ג פסלה לכהונה למה אין אוסר אותה וקרוביה ליבם אע"כ לר"ג אין גט אחר גט פסלה לכהונה, וקושיתו על רש"י לא קשה דרש"י נתן טעם למה לא יחלוץ לשני' אף אם השני' היתה גרושה מקודם ובלא"ה אסורה לכהונה:

סימן קע"א

סעיף א' מי שהיה נשוי יתומה קטנה וחרשת, עיין בב"ש סק"א שכ' מפירש בש"ס קטנה ספק קנויה וחרשת קנויה ומשיורת לכן אין חליצת אחת פוטרת את חברתה ע"ש עיין ביבמות דף ק"י ע"ב אמר ר' חסדא דמרב מוכח כן דבקטנה מספקא לן אי קנויה לגמרי או אינה קנויה ובחרשת קנויה במקצת ולא לגמרי ע"ש הנה בחרשת מובן הדבר שחז"ל תיקנו קנין חלוש ולא קנין גמור, אבל הספק בקטנה אי קנויה לגמרי או אינה קנויה לא אוכל להבין, איך אפשר לצייר ספק בקדושי קטנה הלא מה"ת רק בקיבל אביה קדושין בעד בתו מקודשת, וביתומה שאין לה אב אין לה קדושין מה"ת, וחז"ל תיקנו לה קדושין ע"י אמה ואחיה שלא יהנהגו בה מנהג הפקר וקדושיה קדושין מדרבנן ובמאי מספקא לן? ולא דמי למה דאמר ר' שמעון ביבמות ל"ו בביאת קטן דמספקא ליה ע"ש התם מספקא ליה אם ביאת בן ט' קנה מן התורה את יבמתו או אינה קונה אותה כלל אבל הכא איזה ספק יש לן, עד שמלאתי

שמלאתי בשלטי גבורים ביבמות ק"י בשם ריא"ז שכתב כיון דקטנה יכולה למאן ואפילו ביבם וכשממאנת בטלו הקדושין למפרע ולא היתה קנויה מעולם, ואכן לא ידעינן אם תמאן או לא, ולכן ספקא הוא אי קנויה או אינה קנויה ע"ש. אך קשה לי עליו איך ר' חסדא ור' ששת ביבמות ק"י וקי"א הוצרכו להוכיח. דבקטנה קנויה ואינה קנוי' ובחרשת קנוי' ומשיירת למה לן הוכחות ע"ז הלא אי אפשר לפרש רק בקטנה שקנוי' ואינה קנוי' משום דיכולה למאן, אבל בחרשת א"א לפרש קנוי' ואינה קנוי' דאיך אפשר לספק בחרשת הלא ידעינן דחז"ל תיקנו לה קדושין דרבנן, ורק אפשר לאמר קנוי' ומשיירת שחז"ל תיקנו לה קנין חלוש ולא קנין גמור ול"ע, ולפי מה שכ' הש"ג הטעם משום דיכולה למאן, אם נתקדשה כשהיתה בת י"ב שנים ויום אחד ולא נבדקה אי יש לה ב' שערות דיש לן חזקה דרבא שהביאה ב' שערות ואינה יכולה למאן אז אין לספק אי קנוי' ואינה קנוי' ואז תפטר ביאתה וחליצתה את החרשת, גם יכולין לחלוץ לה בלא בדיקת סימנים ואף דאמרינן בנדה דלא סמכינן לענין חליצה אחזקה דרבא דוקא היכא דבעינן חליצה מה"ת, אבל בקטנה שכל קדושיה קדושין דרבנן וא"כ חליצה רק מדרבנן שפיר יכולין לסמוך אחזקה דרבא:

ויש לי עיון בקטנה שנתן לה אחד מן האחין גט וא"כ חלץ לה כשנתגדלה דהוה חליצה פסולה אי צריכה לחזור על כל האחין, דעיין בבית מאיר בסימן ק"ע סעיף א' שכ' דבחליצה אחר ביאה פסולה דמן התורה אינה צריכה חליצה דמה"ת הותרת הזיקה ע"י הביאה ורק רבנן פסלו הביאה ואינה זקוקה מה"ת כ"א מדרבנן אף לרב א"צ לחזור על כל האחין דרק זיקה דאורייתא אין חליצה פסולה תוכל להפקיע מכל אחין בפעם א' וצריכה לחזור על כל האחין, אבל כאן דאין כאן זיקה אלא מדרבנן גם חליצה פסולה תוכל להפקיע כל זיקת האחים בפעם א' עכ"ה לפ"ז בקטנה שכל נשואין שלה רק מדרבנן ואינה זקוקה כלל מה"ת יש לאמר דאף לרב בחליצה פסולה א"צ לחזור על כל האחין, גם יש לאמר לר' יודא ביבמות י"ז דאוסר האם בשומרת יבמה שמתה משום דיש זיקה ע"ש י"ל רק אם היבמה היתה זקוקה מה"ת גם לאחר מיתתה אסורה אם שלה על היבם אבל אם לא היתה זקוקה מה"ת כ"א מדרבנן מודה ר"י לרב דאמר מותרת ליבם, ולרב שם דאוסר ונחיים משום דמבטל מצות יבום י"ל ג"כ רק היכא דאיכא חיוב יבום מה"ת חיישינן לביטול מ"ע אבל בקטנה וחרשת דקדושיהן רק מדרבנן וא"ל יבום וחליצה מה"ת לא חיישינן לביטול היבום וכן שמואל שם דאמר חליצה פסולה אינה פוטרת צרתה ג"כ יש לאמר דרק אם הצרה מקודשת מה"ת וזקוקה מדאורייתא אין בכח חליצת חברתה כשהיא חליצה פסולה להפקיע זיקת הצרה אבל אם הצרה קטנה או חרשת דאין כאן רק זיקה דרבנן י"ל אף חליצה פסולה של חברתה פוטרת הצרה שזקוקה רק מדרבנן:

ואגב אעורר בזה, הנה חז"ל תיקנו קדושין בחרשת וקטנה יתומה ואיך התירו חז"ל איסור בקום ועשה כיון דמה"ת אין כאן קדושין ובועל הבעל בעילת זנות וכן קשה על תוס' ביבמות ל"ו ע"ב ד"ה נשא אשה שכתבו אף דלא תיקנו נשואין לקטן מ"מ ליכא איסור בדבר לישא אשה בקטנותו וליכא משום ביאת זנות ואפילו מצוה איכא ע"ש אמאי כיון דאין קדושין תופסין הלא בא על פנויה גדולה ועוברת על כל ביאה משום בעילת זנות דביאת בן ט' הוה ביאה ואשת איש נהרגת על ביאת בן ט', ומזה יש להביא ראי' לרמב"ן שמביא הכ"מ בפ"א מה' אישות ה"ד דפלגש בלי קדושין מותרת לגמרי לאיש כיון שמיוחדת אליו וכן כ' הרא"ש בכתובות ז' דמה"ת אין מברכין על קדושין דאין מצוה בקדושין דיכולים לקיים עשה דפו"ר בפלגש בלי קדושין ע"ש לפ"ז ניחא אף דמה"ת ליכא קדושין מ"מ כיון דמיוחדת לו לבדו הוה כפלגש וליכא משום בעילת זנות ומובן ג"כ הא דאמרינן כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקעינהו רבנן לקדושין מיני' ובכל זאת לא הוה משום בעילת זנות דלא גרעה מפלגש, אך לרמב"ם פ"ד מה' מלכים דאוסר פלגש להדיוט ליתא למה שכתבתי:

שם סעיף ג' היתה אחת גדולה ואחת קטנה אין ביאת הקטנה פוטרת הגדולה, עיין בלבוש ובפרישה כאן אות י"א שכתבו דמש"ה אין ביאת הקטנה פוטרת הגדולה, דשמא אין הקטנה קנויה לו ותצא הגדולה בלא כלום ע"ש ודבריהם תמוהים הלא אף אם קנוי' לו כיון דכל הקדושין בקטנה רק מדרבנן ואיך תפטור בביאתה גדולה שקדושיה מה"ת הלא היבום בקטנה רק מדרבנן והיבום בגדולה מה"ת, וכן מה שכ' הלבוש בסעיף ד' באחת פקחת ואחת חרשת מש"ה אין חרשת פוטרת בפקחות משום דפקחת קנוי' כולה וחרשת רק במקצת קנוי' ומשיירית ע"ש הלא אף אם קנוי' לגמרי כקטנה ג"כ אינה יכולה לפטור הפקחת שהחרשת מקודשת רק מדרבנן והפקחת מקודשת מה"ת, גם עיין בלבוש סעיף א' שכ' אם יחלוץ או ייבם לכשתגדיל ע"ש תמוה דרק בחליצה צריכין להמתין דקטנה לאו בת חליצה היא אבל קטנה בת ג' שנים ויום אחד מתיבמת מה"ת ומדרבנן, ורק לר"מ דחיים למיעוט איילונית אין מיבמין לקטנה אבל לרבנן מיבמין לכתחלה כמבואר באה"ע סי' קס"ז סעיף ד':

סימן קע"ב

סעיף א' אחד סריס חמה, עיין בתוס' יבמות דף פ' ע"ב ד"ה עד שיהי' שכתבו דאם אינו עושה

כיפה אחר הלידה איתרע רובא דרוב אינם סריסים ואף רבנן דר"מ דלא חיישו למיעוט חיישו בכה"ג למיעוט סריסות ע"ש ויש לעיין לפ"ז לרבנן דר"מ דסוברים דקטן וקטנה הם בני יבום אם הגיעו לי"ב ויום א' בקטנה ולי"ג ויום א' בקטן ונבדקו ולא הביאו ב' שערות כיון דאית לן חזקה דרבא דחזקה שהביאו אז סימנים ועיין בבית מאיר שמביא ראיות בכורות דחזקה דרבא הוה חזקה דאורייתא ורק משום דאיכא לברורי מבררינן לענין חליצה אבל בא"א לברורי סמכינן אחזקה זו מה"ת אף לחלוץ ע"ש ואם לא נמצאו אז סימנים הוה יותר רעותא ממה שאינו עושה כיפה ויהי' אסור ליבם מאז והלאה גם לרבנן דהא איתרע רובא שאינם סריסים ויש לן לחוש לסריסות, שנית יש לעיין למה תלו חז"ל בעשרים שנים אם לא הביאו שערות ונראו סימני סריס דהוה סריס למה לא קבעו הזמן בי"ג שנים דאם לא הביא אז ב' שערות ונראו סימני סריס הוה סריס, נראה דיש בסימני סריס דברים שא"א להכיר עד כ' שנים כגון כתמלא זקנו בי"ג שנים ליכא עדיין שערות בזקן כ"א עד כ' אז רובא דרובא יש להם שערות בזקן, גם הסימן בשרו מחליק דליכא שערות בגופו בי"ג שנים עדיין הגוף חלק בלי שערות ורק בכ' שנים הגוף מלא שערות באים, גם הקול בי"ג שנים עדיין הקול דק כמו באשה ובכ' שנים הקול עב וחזק, וכיון דאמרינן ביבמות פ' דרק בדליכא שערות בזקן די לר' יוחנן בסימן א' של סריסות, אבל בדאיכא בעי גם לר' יוחנן כל סימני סריס לפ"ז ממ"כ צריכין לכ' שנים דקודם כ' ליכא רעותא כשאין לו שערות בזקנו דעדיין לא הגיע הזמן שיהי' לו שערות בזקנו וצריכים גם לר"י כל סימני סריס והלא הרבה מהסימנים א"א להכיר עד עשרים לכן בעי כ' שנים, אך קושי' ראשונה עדיין קשה בדלא הביא בי"ג שנים שערות מאז אתרע רובא גם לרבנן ולמה לא אסרו בכה"ג מאז והלאה ליבם ובנקבה בי"ב כשלא הביאה הי' לן לחוש לאיילונית, ואין לאמר דחיישינן לנשרו הלא רק למוחזקת חיישינן שלא תמאן אבל לא לקולא, ורק בזה יש להקשות איך אמרו חז"ל בהגיע לכ' ולא הביא שערות בנמצאו סימני סריס דהוה ודאי סריס הלא למוחזקת חיישינן לנשרו ולמה פטרינן מחליצה שמא היה לו שערות ונשרו ולא הוה סריס, ונראה בזה דרוב שערות אינן נושרין כ"א מיעוט וסמכינן מיעוט שנושרין לחזקה דרבא שהביא שערות לי"ג ונשרו, אך בהביא סימני סריס הוה רוב דרוב שיש להם סימני סריס הם סריסים ורק מיעוט שאינם סריסים ויש לן תרי רובא חדא רוב שערות אין נושרין ורוב שיש להם סימני סריס הם סריסים וכנגד ב' רובא לא אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה כמבואר ביבמות קי"ט דכנגד רובא וחזקה הוה המיעוט כמיעוטא דמיעוטא ולא סמכינן לחזקה ע"ש וכ"ש כנגד ב' רובא דעדיפא מרובא וחזקה, ורק עתה בזמננו דאין אנו בקיאין בבדיקות שערות דשמא יש לו שערות או גומות לכן הוה עתה רק ספק סריס אף ביש לו סימני סריס וחולץ, וכמו שכתבתי בסריס ככה הוא באיילונית דתלו ג"כ בכ' שנים דדדים לא ניכרו כ"א עד כ' וכן קולה עב כאיש ובשרה גבוה באים רק לכ' והקישוי בשעת תשמיש קודם כ' כל נשים מתקשות ורק בכ' שנים אינן מתקשות עוד:

ובטומטום שנקרע דסובר ר' יודא בבכורות דף מ"ב דודאי סריס הוא ור' יוסי ב"י סובר דהוה ספק סריס מלשונם משמע דלא בעי כ' שנים דבכל זמן שנקרע הוה לר' יודא ודאי סריס ולריב"י ספק דרק היכא דבעי סימני סריס צריכין לכ' שנים משא"כ בטומטום שנקרע דא"צ לסימני סריס גם כ' שנים א"צ, וע"ש בבכורות דר' יוסי ב"י סובר כר"ע דסריס חמה אינו חולץ ובכל זאת סובר דטומטום חולץ במקום דליכא אחים ובדאיכא אחים פוסל בחליצתו על האחים ואסורי' ליבם ואשת טומטום צריכה חליצה ע"ש ויש להקשות הלא ביבמות קי"ט אמרינן דמצטרפין מיעוט מפילות למחצה נקבות והוה רובא ולא חיישינן למיעוט זכרים ואמאי לא נימא גם בטומטום שלא נקרע דהא איכא מחצה נקבות ומיעוט סריסים ונצטרף המיעוט לפלגא דנקבות ונשאר רק מיעוט זכרים ולא יחלוץ הטומטום בדליכא אחים ואשתו לא תצטרך חליצה, ולר' יוסי ב"י דסובר דכיון דאשתני אשתני ואיתרע רובא והוה ספק סריס ואי קשה הא יש לן ספק ספקא שמא הוא נקבה ואת"ל זכר הוא שמא הוא סריס ולמה חולצין לאשתו כשמת והוא למה חולץ?

שם בסעיף א' היה לאיילונית ודאית צרה מותרת להתיבם, עיין ביבמות י"ב פליגי שם ר' אסי ורבא ר' אסי מוקי מתניתן דריש יבמות דצרות איילונית מותרת ליבום בלא הכיר בעלה שהיא איילונית והוה מקח טעות, ורבא מוקי אף בהכיר בה ובכל זאת צרתה מתיבמת דכיון דאיילונית אינה ראוי' ליבום הוה צרת ערוה שלא במקום מצוה ואינה פוטרת ע"ש ועיין בתוס' ריש יבמות שהקשו כיון דהוה באיילונית מקח טעות איך אוסר ר"מ ביבמות ס"א להתיבם קטנה שמא תמצא איילונית הלא אז הוה מקח טעות ולא היתה מעולם אשת אח, ותירצו בשם מהר"א בורגייל דרק בהכיר בה מחיים והקפיד הוה מקח טעות אבל במת ואח"כ נמצאת איילונית דלא הכיר יש לחוש שמא לא היה מקפיד אם היה מכיר וצריכה גט והיתה אשת אח וכן הביאו בשם ר"ת ע"ש ועיין בנמ"י שמביא בשם ר"ת בלא הכיר בה בעי גיטא מדרבנן ואתי שפיר דר"מ חייש לאיילונית כיון דבעי גיטא פוגעין בערוה דרבנן ע"ש ויש להקשות לדבריו הלא לכל הראשונים הא דר"מ דחייש למיעוט אינו מה"ת כ"א מדרבנן ואי כל האיסור

האיסור באיילונית רק מדרבנן הא הוי תרתי דרבנן למה חייש ר"מ שמא תמצא איילונית, גם איך אמרינן בחולין י"א דמרבנן שחולקים על ר"מ ולא חיישו לאיילונית מוכח דסוברים דאזלינן בתר רובא מה"ת דלמא רק בדרבנן אזלי בתר רובא ולא בדאורייתא ואי מדלא חיישי בקטן לסריס דהוה אי' דאורייתא מוכח כן, גם משם ליכא הוכחה דהא י"ל דרבנן סוברים כר"א ביבמות ע"ט דסריס חמה חולץ ומיבם משום דיש לו רפואה, ועיינתי בספר הישר לר"ת סוף מס' נדה שכ' דהא דחייש ר"מ לאיילונית איירי שידעינן בבירור שקיבל עליו בפני עדים שאפילו תמצא איילונית תהי' מקודשת לו והוה ודאי אשתו גמורה ע"ש וניחא הכל, גם כ' שם דבזה גופא פליגי ר' אסי ורבא ר"א ביבמות י"ב סובר דודאי יקפיד באיילונית והוה מקח טעות בלא הכיר ורבא סובר דאפשר דלא יקפיד ואין כאן מקח טעות ופסק כרבא דצריכה גט ע"ש ובזה מיושבים לי דברי רש"י שנראים כסותרים זא"ז דבריש יבמות כ' רש"י מש"ה הצרות מתיבמות משום דהוה באיילונית מקח טעות ע"ש ובגיטין מ"ו במתניתן שם כ' רש"י דלא הכיר בה כשכנסה ומ"מ צריכה גט דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות ובעל לשם קדושין ע"ש ולפי דברי ר"ת יש לאמר רש"י בריש יבמות קאי כר' אסי דסובר דהוה מקח טעות, ובגיטין קאי להלכתא כרבא דלא הוה מקח טעות, והנה מלישנא דרש"י בגיטין משמע דמקודשת מה"ת משום חזקה דא"א עושה בעילתו בעילת זנות ומצאתי ראי' ברורה לרש"י ולר"ת מירושלמי בב' מקומות חדא מפרק א' דיבמות הלכה ב' ר' יונה אמר בלבד מן האירוסין ור' יוסי שם רצה לחלוק עליו וחזר אח"כ והודה לר' יונה וע"ש בפני משה שכ' הטעם בנשואין דאין אדם שותה בכוס אלא א"כ בדקה וע"כ הכיר בה וטעה בפירושו הלא קודם כ' שנים לא ניכרו סימני איילונית ואם נשאת קודם כ' לא שייך האי טעמא אלא כרש"י דבנשואין כיון שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות בועל לשם קדושין, גם עיין בירושלמי בגיטין מ"ו הלכה ח'. דאמר ר' זעירא תדע לך שעילה היה רוצה לגרשה שהרי כמה נשים נשואין איילונית וע"י שיש להם נחת רוח מהן מקיימין אותן ע"ש בפני משה שמפרש דבלא"ה רצה לגרשה שהרי כמה נשים יש שהן איילונית ולפעמים מוצאין קורת רוח מהן ע"ש ולר"ת ר' זעירא כרבא ס"ל דהרבה פעמים אינו מקפיד דלא כתוס' ריש יבמות ושאר ראשונים שסוברים דבאיילונית ודאי יקפיד הבעל, אך קשה על רש"י בגיטין שסובר דודאי בעל לשם קדושין אמאי אין לה כתובה כשמגרשה כדמוכח ממתניתן שם הלא אשתו גמורה היא, גם קשה עליו מסנהדרין ס"ט דהוכיח הגמ' שם דאזלינן בדיני נפשות בתר רובא דאל"ה איך ממיתין על הבא על הקטנה באשת איש דלמא תהי' איילונית וקדושיה הן קדושי טעות הלא לרש"י הוה קדושין, ונראה הא דאין לה כתובה משום דבממון לא אזלינן בתר רובא וחזקה דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות לא עדיף מרובא לחייבו בכתובה וחיישינן שהבעל הוא מהמיעוט שבועלים לשם זנות ומקחו מקח טעות, ולרב דסובר ב"ב צ"ב דאזלינן בממון בתר רובא י"ל דסובר כר' אסי דבאיילונית הוה מקח טעות לכן אין לה כתובה ולדינא קיי"ל כרבא וכשמואל דאין הולכין בממון אחר הרוב, וניחא ג"כ בסנהדרין ס"ט דשם שפיר הוכיח הגמ' דאזלינן בד"נ בתר רובא דאי לא אזלינן בתר רוב גם אחר חזקה דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות לא אזלינן דחזקה לא עדיפא מרובא ואמאי קטלינן ניחוש שלא בעל לשם קדושין והוה מקח טעות, אך ע"ז יש לפקפק עדיין דהלא לרש"י יש לן רובא וחזקה יחדיו, רוב אינן איילונית כ"א מיעוט ואפילו באותן מיעוט איילונית יש חזקה שלא עושה בעילתו בעילת זנות ובעל לשם קדושין אך בלא"ה לק' לרש"י משם די"ל דהוכחת הגמ' שם מקטנה ארוסה שקיבל אביה קדושין בעדה דמקודשת מה"ת ואם בא גדול עליה נהרג ואמאי ניחוש שמא היא איילונית ובארוסה ליכא חזקה שלא עושה בעילתו בעילת זנות:

ועיין ברי"ף בגיטין מ"ו שכ' דמש"ה אין כתובה ביש לה בנים מבעל שני דאמרינן השתא הוא דנראית ע"ש ועיין בריטב"א שם שתמה עליו דאיילונית אין לחוש שתתרפא ע"ש ונראה דהרי"ף סובר כהטור באה"ע סי' מ"ד וכאן בסימן זה דבסימן אחד מסימני איילונית מחזקינן אותה לאיילונית ע"ש ובכה"ג דלא נראה בה כ"א סימן א' מסימני איילונית והחזקנו אותה לאיילונית אפשר שתתרפא אבל לרמב"ם ולרוב ראשונים דסברו דבעי כל סימנים יחדיו אין לה דדים ובשרה אינו גבוה באותו מקום ומתקשה בשעת תשמיש וקולה עב הדין עם הריטב"א שאי אפשר שיגדלו לה דדים ובשרה יוגבה למעלה ולא ישאר מכל הסימנים שום סימן, ובזה יש לאמר פליגי ר' אסי ורבא ביבמות י"ב לר"ת שסובר דר"א ורבא פליגי אי יקפיד הבעל, ר' אסי סובר דצריכין כל סימני איילונית להחזיקה לאיילוני' וא"א שלא יקפיד הבעל אם אין לה דדים ומתקשה בתשמיש ואין בשרה גבוה וקולה עב כאיש ואין ספק שיקפיד והוה מקח טעות כמו דפליגי ר"ה ור' יוחנן ביבמות ע"ט בסריס לר"ה בעי כל סימני סריס ולר"י די באחד ר' אסי סובר כר"ה ורבא סובר כר' יוחנן דדי בסימן א' בסריס וה"ה באיילונית ושפיר יש לאמר דעל סימן א' כגון אם קולה עב כאיש לא יקפיד הבעל וגם אפשר שתתרפא והלכה כרבא וכשיטת הטור כי האור זרוע בה' יבום סימן תקל"ח כתב ג"כ כהטור דדי בסימן א' באיילונית בדלית לה ב' שערות עד כ' שנים כמו בסריס ואם הביא ב' שערות בתוך כ' לא הוה סריס עד שיהיה לו כל סימני סריס וכן באיילונית עש"ה ובזה מתורץ

מה שהקשו תוס' ביבמות ע"ט וכל הראשונים איך אמרינן ביש לו שערות בזקנו הוה סריס אם יש לו כל סימני סריס הלא כשהביא ב' שערות קודם כ' לא מהני כלום ודחקו שם לתרץ דבכל הגוף הוה ב' שערות סימן גדלות אבל בזקנו לא ע"ש ולאור זרוע וטור ל"ק דרק סימן אחד מסימני סריס ואיילונית לא מהני כשהביאו סימנים תוך כ' אבל כל הסימנים יחדיו מהני אף בהביאו סימני גדלות תוך כ' ולכן ביש לו שערות בזקנו בעי כל סימני סריס דהא הביא ב' שערות ואם גם בזקנו אין לו שערות די בסימן אחד מסימני סריס ובזה ניחא נמי הלא אינהו ילפי דדי באיילונית בסימן אחד מר' יוחנן דסובר דבסריס די בסימן אחד והלא לתוס' שם ולרמב"ם בפ"ב מאישות בעי למי שאין לו שערות בזקנו עוד סימן אחר מסימני סריס ורק להשגות הראב"ד שם די באין לו שערות בזקנו לחודא ע"ש ואיך סוברים הטור והא"ז דדי באיילונית בסימן אחד, ולפמ"ש ניחא דבאין לו שערות בזקנו היינו שאין לו ב' שערות סימני גדלות ואז די בסימן אחד ה"נ באיילונית רק באין לה ב' שערות בגופה ואין לה סימני גדלות די בסימן אחד מסימני איילונית וביש לה ב' שערות בעי כל סימני איילונית, ויש להסביר טעמו של ר' יוחנן דבאמת לא היה לן לסמוך אסימן אחד מסימני סריס נגד הרוב הלא רוב בני אדם אינם סריסים ורוב נשים אינן איילונית ורק כל סימנים יחדיו מכריחים לבטל הרוב ולאמר שזה הוא מהמיעוט, אך בבכורות מ"ב אמרינן לר' יוסי ב"י כיון דאשתני אשתני וחיישינן למיעוט שהוא סריס אף לרבנן דר"מ ע"ש ועיין בטור כאן שמביא פלוגתא מרמב"ם ורא"ש, הרמב"ם אינו פוסק כר' יוסי ב"י והרא"ש פוסק כותיה, לפ"ז באין לו שום שערות בגופו ובזקנו ואשתני מרוב בני אדם שמביאים ב' שערות לי"ג שנים אמרינן כיון דאשתני אשתני וחיישינן למיעוט דאתרע הרוב ולכן די בסימן אחד, והיכא דלא אשתני כגון שהביא ב' שערות אז צריכין כל סימני סריסות ואיילונית לבטל הרוב לאמר שהוא מהמיעוט, ועיין בגיטין מ"ו שכתבו שם הרמב"ן והרשב"א וחידושי ר"ן והריטב"א דמתניתן שם מיירי בספק איילונית כגון שיש לה מקצת סימני איילונית אז הוה ספק איילונית וביש לה כל סימני איילונית הוה ודאי איילונית ומזה נראה שחולקים על הטור דסובר דבסימן אחד הוה ודאי איילונית, אך גם הם מודים דע"י סימן א' הוה עכ"פ ספק איילונית ואין לה כתובה וחולצת ואין מתיבמת דשמא איילונית היא, ועיין ברמב"ם בפ"ד מה' אישות ה' י' שכ' באיילונית שנתקדשה הרי אלו קדושין גמורין וע"ש בה"ה דהרמב"ם סובר כר"ת דצריכה גט בלא הכיר בה, ובאמת לר"ת רק ספק שמא לא יקפיד ואינו אלא ספק קדושין והרמב"ם כתב הרי אלו קדושין גמורין, ונראה דהרמב"ם סובר כרש"י בגיטין מ"ו שהבאתי דחזקה שא"א עושה בעילתו בעילת זנות ובעל לשם קדושין לכן כ' דקדושין גמורין הן, אך עדיין קשה הלא לרש"י רק כשנשאה ובעלה אמרינן כיון שבעל הוה חזקה שבעל לשם קדושין משא"כ לרמב"ם מלשונו משמע אף אם נתקדשה ולא נשאה עדיין קדושין גמורין הן וק' אמאי, אם לא בהכיר בה ובכל זאת קידשה:

שם סעיף ח' אנדרוגינוס אינו בר חליצה ויבום וי"א שדינו כזכר לכל דבר, הא דאנדרוגינוס אינו בר חליצה הוציאו הראשונים מברייתא דאנדרוגינוס שהביאו הרי"ף והרא"ש סוף פרק קמא דיבמות משום שאינו יכול להוליד, ועיין בב"י כאן שתמה על הטור שכתב דלר"י שפסק כר' יוסי דמתניתן ביבמות פ' דאנדרוגינוס הוה ודאי זכר חולץ ומיבם, ותמה הב"י עליו נהי דהוה ודאי זכר הלא מבואר בברייתא דאינו ראוי להוליד ומש"ה אינו בר חליצה ע"ש ואחריו נמשכו הח"ש ביבמות והפרישה והב"ח והניחו בצ"ע, ולדעתי יש להמליץ בעד הטור, דע"ש ביבמות דר' יוסי בברייתא חזר מדבריו וסובר דאנדרוגינוס הוה ספק זכר ס' נקבה והרי"ף והרמב"ם ורשב"א וריטב"א פסקו כהך ר' יוסי דברייתא וטעמו של ר' יוסי י"ל דכיון דיש לו ב' אברי משגל זכרות ונקבות אין לאבר אחד יתרון על השני שנאמר שהוא זכר ודאי או נקבה ודאית ושפיר י"ל דאבר הנקבות מחליש לאבר הזכרות ואין בכחו להוליד, והברייתא שסוברת שאינו מוליד אתי' כר' יוסי דברייתא, אבל לר' יוסי דמתניתן דסובר דהוה ודאי זכר ורש"י ותוס' והרא"ש שם פסקו כהך ר' יוסי טעמו דאבר הזכרות הוא העיקר והנקבות אינו אלא דלדול וטפל בעלמא והוה ודאי זכר אז אין הנקבות תוכל להחליש את הזכרות ויכול להוליד בזכרות שלו ושפיר כ' הטור לר"י ורא"ש דפסקו כר' יוסי דמתניתן דהוה ודאי זכר יכול להוליד והוה בר יבום וחליצה, ועיין בש"ע י"ד סוף סימן מ"ג בש"ך סק"ט שמביא שם שיטות לענין יתר כנטול דמי רש"י ורא"ש ורמב"ם וטור סוברים בנמצאו ב' אברים במקום שלא יהי' אלא אבר אחד הוה כאלו נוטלו כל ב' אברים, ולרמב"ן רק היתר נחשב כנטול ולא השני ע"ש לפ"ז יש לאמר ר' יוסי דמתניתן סובר כש' רמב"ן דרק היתר כנטול והשאר נשאר וסובר דהנקבות היתר והיה כנטול ואין כאן רק זכרות והוה ודאי זכר ויכול להוליד, ור' יוסי דברייתא סובר כש' הרמב"ם ורש"י ורא"ש וטור דביתר הוה כאלו נחסרו שני אברים וכיון דנמצאו ב' אברי משגל נחשבו שניהם כנוטלו ואין בכחו להוליד וברייתא דאנדרוגינוס כר"י דברייתא אך עדיין יש להבין מנא ליה לר' יוסי דהנקבות הוא היתר דלמא בהיפך הזכרות הוא היתר ונחשב כנטול, ונראה דבלא"ה קשה טובא איך אפשר לספק באנדרוגינוס וכן בטומטום אם הם זכרים או נקבות הלא בקל נוכל לידע

זאת

זאת אם הגיע לכ' שנים ויש לו דדים ואין לו שערות בזקן וקולו כאשה ודאי נקבה הוא דאי הי' זכר לא הי' לו דדים והי' לו שערות בזקן וקולו עב כאיש, ואם אין לו דדים ויש לו שערות בזקן וקולו עב כאיש נתברר שהוא זכר והוא איש, ולר' יוחנן ביבמות פ' הלא די בסימן אחד לברר ואף דר"ה שם פליג דבעי כל סימנים יש לאמר הכא דיש לו ב' אברים זכרות ונקבות די בחדא לברר איזה אבר הוא העיקר, וכן בטומטום לברר עי"ז אם יש לו תחת הקרום זכרות או נקבות בלא קריעה ולסלק תמיה זו נראה ודאי בין באנדרוגינוס ובין בטומטום אם יש לו דדים וקולו כאשה ואין לו שערות בזקנו ובשרו מחליק ליכא ספק דהוה אשה, רק באין לו דדים וקולו עב כאיש יש לספק אם הוא זכר או נקבה והא דאין לו דדים וקולו עב משום דהוה איילונית כמו דאמר ריב"י בבכורות מ"ב בטומטום כיון דאשתני אשתני חיישינן למיעוט סריסות אף לרבנן דר"מ ה"נ הכא באנדרוגינוס וטומטום כיון דאשתנו חיישינן שמא הוא נקבה והוא איילונית לכן אין לו דדים וקולו עב, לפ"ז יש לאמר בזה פליגי ר' יוסי דמתניתן ור' יוסי דברייתא ר' יוסי דמתניתן לית ליה כר' יוסי בר יהודא דחיישינן למיעוט באשתני וטומטום שנקרע ליכא ספק סרים וכיון דחזינן באנדרוגינוס שאין לו דדים וקולו עב כאיש הוא ודאי זכר, ור' יוסי דברייתא סובר כר' יוסי בר יהודא בבכורות דבאשתני איתרע רוב וחיישי' למיעוט לכן חיישינן בהנך שמא הן נקבות והן איילונית לכן אין להם דדים וקולם עב כמו באיילונית, אך ע"ז יש להקשות הלא הרמב"ם אינו פוסק כר' יוסי בר יהודא בבכורות הביאו הטור כאן איך פוסק כר' יוסי דברייתא בפרק ו' מיבום דאנדרוגינוס וטומטום ספק זכר ספק נקבה הי' לו לפסוק כר' יוסי דמתניתן והרא"ש הביאו הטור כאן שפוסק כר' יוסי ב"י הי' לו לפסוק כר' יוסי דברייתא והוא פוסק כר' יוסי דמתניתן, ומלבד זאת יש להקשות על הרא"ש דפוסק כר' יוסי דמתניתן ובשבת פרק י"ט סי' ז' כ' איכא מ"ד מדקאמר ר"ח טעמא דר' יודא ש"מ הלכתא כותיה וגאון קאמר דלית הלכתא כותיה ע"ש קשה הלא כיון דהוא פוסק כר"י דמתניתן דאנדרוגינוס ודאי זכר הוא למה לא יהי' נימול בשבת ולמה לן קרא ולמה צריך לדייק מר"ח מדאמר טעמא דר' יודא דהלכה כמותו ומדהביא ב' דיעות ולא הכריע ביניהם משמע דמסופק אי הלכה כר' יודא ועיין בשבת דף קל"ב דמילה דוחה לרעת או דילפינן מק"ו משבת או דמרבינן מדכתיב בשר ערלתו ע"ש הנה לר' יודא דלית ליה אנדרוגינוס ודאי זכר דהא צריך לקרא דכל זכר לרבות אנדרוגינוס אי ילפינן משבת גם באנדרוגינוס מילתו דוחה לרעת, אבל אי ילפינן מבשר ערלתו יש לאמר דוקא בודאי זכר דוחה לרעת ולא בספק זכר, אך לרש"י ותוס' ורא"ש דפסקו כר' יוסי דמתניתן דהוה ודאי זכר מילתו דוחה לרעת ועיין ברמב"ם פ"א ממילה ה"ע דמילה דוחה לרעת משום דמילה עשה ודוחה לל"ת דלרעת לפ"ז לרמב"ם שפוסק דאנדרוגינוס הוה ספק זכר וליכא גביה רק ספק עשה אין ספק עשה דוחה לודאי ל"ת דלרעת:

ועיין ברמב"ן בחדושיו ליבמות בקונטרס אחרון ובהלכותיו לבכורות דף מ"ב שחולק על כל הראשוני' שפירשו בר' יוסי דברייתא דסובר דהוה ספק זכר וס' נקבה כ"א מפרש דאנדרוגינוס הוה ברי' בפני עצמו לא זכר ולא נקבה ופוסק כותיה ע"ש ועיין בש"ך בי"ד סי' שט"ו ס"ק ט' שכ' אנדרוגינוס אע"ג דבעלמא קיי"ל דהוה ברי' בפני עצמו ואינו לא בכלל זכר ולא בכלל נקבה ולפ"ז לא הוה בכור ע"ש ודבריו תמוהים הלא רק הרמב"ן סובר כן דהוה ברי' בפ"ע והוא אחד ואין שני שסובר כותי' דרש"י ותוס' ורא"ש ביבמות פ' פוסקים כר"י דמתניתן דהוה ודאי זכר, והרי"ף והרמב"ם ורשב"א וריטב"א שם פוסקים כר"י דברייתא דהוה ספק זכר וס' נקבה, ורק הרמב"ן מפרש בר' יוסי דהוה ברי' בפ"ע, ולדעתי יש להביא ראי' לרמב"ן דשם ביבמות פליגי ר' יוחנן ור"ל בר' יוסי דמתניתן שם דאמר אנדרוגינוס מאכיל את אשתו בתרומה ומפרש ר"ל דכוונת ר' יוסי רק תרומה דרבנן מאכיל דמספקא ליה אי זכר הוא או נקבה ור' יוחנן סובר לר' יוסי דהוה ודאי זכר ומפרש דמאכיל בתרומה דאורייתא וחזה ושוק ע"ש וק' איך חולק על ר"ל הלא לדידיה עכצ"ל דר' יוסי חזר בברייתא ממה דאמר במתניתן דבברייתא סובר דהוה ספק ואלו לר"ל אין כאן סתירה בר' יוסי דגם במתניתן סובר ר' יוסי דהוה ספק ומי הוא זה ואיזהו שיחלוק על ר"ל ויאמר דר' יוסי סותר דבריו וחזר מדבריו הראשונים הלא נראה לעינים שפירושו של ר"ל אמת הוא, אע"כ כהרמב"ן דר' יוסי בברייתא סובר דהוה ברי' בפני עצמו לא זכר ולא נקבה ואף לר"ל סותר דבריו דבמתניתן סובר דהוה ספק זכר ס' נקבה ומאכיל בתרומה דרבנן ואלו לר"י דברייתא כיון דהוה ברי' בפ"ע ואינו זכר אף תרומה דרבנן אינו מאכיל ועכצ"ל דחזר ממה דאמר במתניתן ושפיר חולק ר' יוחנן על ר"ל ויש לעיין לרמב"ן אי חייב במצות די"ל כיון דהוא זרע ישראל חייב במצות וחייב אף במ"ע שהזמן גרמא דרק נשים פטורות, ואפשר דיש לתלות זאת בפלוגתא דרע"ב עם רשב"ם ופי' המשניות בב"ב ק"מ, דרע"ב דמשנה שם כ' דטומטום אי הוה ברי' בפ"ע אינו יורש אבותיו אף בדליכא בן ובת עכצ"ל דלא נחשב לזרע אבותיו ה"נ י"ל דפטור ממצות, אך הרשב"ם ופי' המשניות שם סוברים דיורש אבותיו באין להם בן או בת דנחשב לזרע אבותיו ונחשב לאדם ה"נ י"ל דחייב במצות, וממ"ע שהז"ג מוכח מסוף ראש השנה דפטור

מדאמרינן שם דאינו מוציא את שאינו מינו ואי היה חייב במ"ע שהז"ג למה לא יוציא ומוכח דחייב במצות דאל"ה הלא מינו פטור לגמרי וא"כ להוציאן כלל:

שם סעיף ח' טומטום חולץ ואינו מייבם מפני שהוא ספק, עיין ביבמות ע"ב ובחגיגה דף ד' דאמר אביי דיש טומטום שהוא ודאי זכר כגון שביציו מבחוץ ע"ש לפ"ז יכול להוציא אף אינו מינו ומברך על עטיפת טלית אף דבש"ע א"ח סי' י"ז מבואר דאינו מברך הייתו כשאין ביציו מבחוץ, ואף שאמר ר' יודא בשבת קל"ו שאינו נערך הייתו ג"כ כשאין ביציו מבחוץ, ועיין בב"ב קכ"ז דאמר ר' שזבי דאינו נמול לשמנה אף לאחר שנקרע ונמצא זכר ואינו דוחה שבת משום דכתיב וילדה זכר עד בשעת לידה צריכין לידע אם הוא זכר ע"ש אבל כשביציו מבחוץ הלא מיד בלידתו ידעינן שהוא זכר, אך הרמב"ם בפרק ב' דחגיגה לא הביא הא דאביי וכן בפרק ז' מה' תרומות לא הביאו וע"ש בכ"מ שכ' דרמב"ם סובר כיון דרבא ביבמות דף ע"ב מתרץ שם הא דמאכיל בתרומה הייתו אמו ולא אשתו פליג על אביי ופוסק כרבא ע"ש אך ע"ש במשנה למלך ה' י"ד שתמה על הכ"מ איך אפשר לחלוק על אביי בביציו מבחוץ הלא נראה שהוא זכר רק דדחיקא ליה לרבא לאוקמי בכה"ג ע"ש נראה דיש לאמר דרק התם חולק על אביי ולא בכל מקום, דעיין בתשו' חוות יאיר סי' רכ"א שכ' שאם נמצא שהבעל סריס אין אשתו צריכה גט דהוה מקח טעות אעלה דודאי תקפיד אם הוא סריס ואינו ראוי להוליד ע"ש ועיין בתשו' שבות יעקב חלק א' סי' ק"א שחולק דליכא מקח טעות דאשה בכל דהוה ניחא לה וצריכה גט ע"ש והנה לר' יוסי בר"י בבכורות מ"ב דסובר בטומטום שנקרע כיון דאמרי חיישינן שהוא סריס אף דאין לו סימני סריס ע"ש לפ"ז אף בטומטום שביציו מבחוץ לא עדיף מנקרע ונמצא זכר חיישינן כיון דאמרי שהוא סריס ואביי דמתרץ כשביציו מבחוץ סובר כס' שבות יעקב אף אם נמצא שהבעל סריס לא חיישינן למקח טעות לכן כיון דודאי זכר הוא מאכיל לנשיו תרומה, ורבא סובר כס' חוות יאיר דבסריס הוה מקח טעות וכיון דיש לחוש שהוא סריס אינו מאכיל את נשיו דיש מקח טעות ואינה אשתו לכן מתרץ בתירוץ אחר ולפ"ז גם רבא אית ליה בשאר מקום כאביי דהוה ודאי זכר, וכל זה להרא"ש שפוסק כר' יוסי ב"י בטומטום שנקרע ונמצא זכר דהוה ספק סריס, אבל הרמב"ם פוסק פרק ו' מה' יבום בטומטום שנקרע דהוה זכר לכל דבר ולית ליה כר' יוסי דיש לחוש לסריסות ע"כ אי אפשר לאמר לטעמו דרבא משום דיש לחוש שהוא סריס דאז הוה קשי' הלכתא אהלכתא דהלכה כרבא ואין הלכה כר' יוסי ב"י וע"כ דרבא פליג על אביי בגוף הדבר דאינו זכר ודאי וכמו שכ' הכ"מ שם ומה"ט לא הביא הרמב"ם בפרק ב' מחגיגה הא דאביי משום דרבא פליג על אביי בגוף הדין ופוסק כרבא ולפ"ז לרמב"ם בטומטום אף אם ביציו מבחוץ עדיין ספק זכר ס' נקבה:

סימן קע"ג

סעיף א' היבמה שהיא ערוה ליבם צרותיה פטורות, עיין ביבמות דף ג' ע"ב דילפינן מלצרור דערוה פוטרת צרותיה וצרת צרותיה ע"ש וכן כ' הרע"ב ריש יבמות, אך עיין בפי' המשניות שם שכ' משום שנאמר אשר לא יבנה את בית אחיו ובא בקבלה בית שהוא בונה כולו בונה מקצתו ומי שאינו בונה את כולו אינו בונה את מקצתו ע"ש והנה מלבד שמניח הדרש של הגמרא שהבאתי עוד קשה עליו הלא מקרא דאשר לא יבנה את בית אחיו ילפינן בית אחד הוא בונה ואינו בונה שני בתים ולא כמו שכ' הרמב"ם, גם לרמב"ם אם אחת מהנשים של אח המת איילונית והכיר בה וקיבל למקודשת היה אסור ליבם צרותיה דהא אי אפשר לבנות כל הבית דאיילונית אינה בת יבום וחליצה אף מקצתו אסור לבנות משא"כ לפי הדרש של הגמרא דוקא דומי' דלצרור באחות אשתו ערוה שיש בה כרת פוטרת צרותיה אבל בדליכא כרת אינה פוטרת ובאיילונית אינה אסורה משום ערוה כ"א משום דאינה ראוי' להוליד וצרותיה מותרות ליבם, ואפשר דר' אסי ורבא ביבמות י"ב פליגי בזה עיין בירושלמי ריש יבמות סוף הלכה א' שמביא שם דר' מאיר כר' אסי ס"ל דבהכיר בה צרותיה אסורות ע"ש דהם דרשו דרש הרמב"ם מאשר לא יבנה אם א"י לבנות כל הבית אף מקצתו לא יבנה וכיון דאחת מהן איילונית ואינה בת יבום גם צרותיה אסורות, ורבא לית ליה האי דרש דצריכין לקרא שלא יבנה ב' בתים ויליף מלצרור כדרש הגמרא לכן סובר רק בערוה דיש לה כרת דומי' דלצרור פוטרת אבל איילונית אינה פוטרת צרותיה ומתיבמות וכיון דהלכתא כרבא עדיין דברי הרמב"ם תמוהים:

ועיין שם ביבמות ג' ע"ב דמקשינן שם בגמרא טעמא דכתב רחמנא עליה הא לא"ה סד"א דאחות אשה מיבמות דאתי עשה ודחה ל"ת, אימר דאמרינן בל"ת גרידא אבל בל"ת דכרת מי דחי ע"ש וקשה לי לפי מה דמביא החדושי ר"ן בסנהדרין י"ח בשם תוס' דעשה דיבום אינה שוה בכל משום שאינו נוהג במלך דמלך אינו מייבם ואין מייבמין לנשיו ע"ש עדיפא ה"ל לגמרא להקשות דאף ל"ת דליכא כרת אין עשה דיבום דוחה דעשה שאינו שוה בכל לא דחי ל"ת דשוה בכל, ונראה דדברי תוס' תלוים בפלוגתא דר' יודא ורבנן בסנהדרין י"ח לר"י אם המלך מייבם או חולץ זכור לטוב ולרבנן אין שומעין לו ע"ש לרבנן דבכל

אופן

אופן אינו מיבם הוה עשה דיבום אינו שוה בכל, אבל לר' יודא גם במלך שייך עשה דיבום והוה שוה בכל ולכן מקשינן מל"ת דכרת דלאו בפלוגתא תלי' משא"כ אי עשה דיבום אינו שוה בכל אינו מוחלט כ"א תלי' בפלוגתא דתנאי, ובזה יש לאמר פליג כמי אבא שאול ורבנן סוף פרק קמא דבכורות לפי מה שכתבו שם הפי' המשניות לרמב"ם והרע"ב דרבנן דא"ש סוברים דאיסור אשת אח נפסק מיד משעת מיתת האח בלא בנים ואבא שאול סובר דנשאר האיסור עד היבום ורק ע"י יבום לשם מצוה נדחה האיסור דאשת אח ע"ש א"ש סובר דיבום נוהג גם במלך כר' יודא ועשה דיבום שוה בכל ודמי לל"ת דאי' אשת אח, ורבנן דא"ש סוברים כרבנן דר"י דיבום אינו נוהג במלך ועשה דיבום אינו שוה בכל וא"א לאמר שידחה לל"ת דאי' אשת אח שסוה בכל וע"כ דמיד משעת מיתה נפסק האיסור, וכיון שהלכה כרבנן דר"י כמבואר ברמב"ם פרק ב' מה' מלכים ה"ג קיי"ל ג"כ כרבנן דא"ש כמו שפסקו הרי"ף והרמב"ם ורוב לאסוכים, ובזה מסולק קושי' תוס' ביבמות ג' ע"ב ד"ה לא תעשה שהקשו נילף מיבום דעשה דוחה לל"ת דאשת אח דהוה ל"ת שיש בו כרת ע"ש ולרבנן דא"ש ל"ק דלאו משום דעשה דיבום דוחה לל"ת דאשת אח כ"א מיד משעת מיתת אחיו פסק האיסור וכן כ' הרמב"ם בחבורו בפרק א' מה' יבום ה' י"ב עש"ה:

וע"ש בחדושי ר"ן בסנהדרין י"ח שתירץ דלא כתוס' כ"א דלרווחא דמלתא אמרינן כן דאף אם ת"ל דבאלמנה מן הנשואין אין עשה דוחה לל"ת ועשה עדיין קשה מאלמנה מן הארוסין ולעולם גם באלמנה מן הנשואין עשה דיבום דוחה לל"ת ועשה דכהן דאינו שוה בכל ותירץ הגמרא דגזרינן ביאה ראשונה אטו ביאה שני' קאי גם על אלמנה מן הנשואין וכן כ' הריטב"א ביבמות דף כ' בשם י"א ע"ש ולפ"ז גם באלמנה מן הנשואין מה"ת מותר ליבם ורק משום גזרה דרבנן אסור ואם הכה"ג בעלה קנאה ופטרה, וקשה לי לדבריהם דביבמות כ' אמר ר' גידל דיבמתו מיותר ודרשינן מיניה דיש יבמה שאינה ראוי ליבם וראוי לחליצה וכתבו כל הראשונים שם דבמסקנא דעשה דיבום דוחה באלמנה מן הארוסין הל"ת מוקמינן קרא דיבמתו לאלמנה מן הנשואין ע"ש ולר"ן ולריטב"א קשה במאי מוקמינן הלא גם באלמנה מן הנשואין עשה דוחה וראוי מה"ת ליבום, ובערוה שיש בה כרת באמת אין חוללין, ועל גוף קושיתם הלא עשה ול"ת דכה"ג אינו שוה בכל וידחה עשה דיבום יש לאמר דעיין בכתובות דף מ' דאמרינן שם באונס לא דחי עשה לל"ת משום דאי אמרה לא בעינא ליתא לעשה בכה"ג אינו דוחה ע"ש לפ"ז ה"נ הלא ביד היבם לאמר לא אחפוץ לקחתה כ"א לחלוץ וליכא עשה דיבום ואין עשה דיבום דוחה, ולפי מה שכתבו תוס' ישנים שם ד"ה אי אמרה כיון דאללה ליכא עשה רק עליו והל"ת איכא גם אללה לכן אינו דוחה לא קשה קושיתי דהכא גם אללה איכא עשה דיבום, ולפי מה שכתבו שם הרשב"א ורא"ה ור"ן כיון דבכח אדם לבטל העשה מכל וכל אין עשה כזו דוחה לל"ת ע"ש יש לאמר הכא אף אם אומר לא חפלתי לקחתה עדיין לא נבטלה העשה לגמרי דעדיין איובא דעשה עליו לחלוץ, אך לרש"י שם שכתב שמלמדין אותה לאמר שאינה רוצה ה"נ כלמד אותו שיאמר שלא יחפוץ ביבום ולא ידחה הל"ת, ויש לאמר הא דאמרינן בכתובות הייכו כיון דלפעמים ליכא עשה באמרה לא בעינא לא אלים האי עשה לדחות ל"ת שסוה בכל, משא"כ הכא דהל"ת של הכהן אינו שוה בכל אף עשה כהאי דוחה לל"ת שאינו שוה בכל לפ"ז שפיר אמרינן דבאלמנה מן הארוסין עשה דיבום דוחה לל"ת, אבל באלמנה מן הנשואין דאיכא עשה ול"ת אף שאינם שוים בכל בכל זאת רק עשה אלימתא שסוה בכל דוחה אותן, אבל עשה דיבום כיון דיכול לאמר לא בעינא אין בכחו לדחות עשה ול"ת אף שאינם שוים בכל, ובזה יש ליסב קושי' רשב"א ביבמות כ' שהקשה שם לר' גידל דיליף מקרא דיבמתו דאין עשה דוחה לל"ת נילף מסם לכל התורה דאין עשה דוחה לל"ת ע"ש ולפי מה שכתבתי יש לאמר דרק עשה דיבום דיכול לאמר לא בעינא אינו דוחה לל"ת אבל עשה אלימתא דוחה:

גם יש לאמר עיין ברמב"ם בפרק ב' מה' נערה בתולה ה' י"ז ובהשגות הראב"ד בפרק א' מה' אישות שסוברים דמי שבא במקרה על פנויה בלי דעת אביה ובלי שהכינה עצמה לזנות ליכא לאו מה"ת כ"א איסור דרבנן ע"ש ועיין בהרב המגיד פרק א' מה' אישות שכ' דאיכא הרבה איכשא שאין נזהרים באיסור זנות דרבנן, ודאי יש לחוש בהרבה מתים אף שלא הניחו בנים מנשותיהם שמא באו בזנות על פנויות ונתעברו ממנו ונשארו ממנו בן או בת ואנחנו לא נדע מהם ואז אין כאן עשה דיבום ובכל אופן אין כאן ודאי עשה דיבום, אך בכל זאת ל"ת לחודא שאינו שוה בכל דוחה האי עשה אף שאינו מבורר בבירור, אבל ל"ת ועשה שאינו שוה בכל רק עשה ודאי דוחה ולא עשה דיבום שאין כאן בירור גמור שלא הניח בן או בת מפנוי, ומיושב ג"כ קושי' רשב"א שהבאתי שאין ללמוד מכאן למקום אחר, ובדור פרוץ שלנו שמזנים רבים הם מאד יש לאמר אף רבנן דאבא שאול מודים דמצות חליצה קודמת ליבום דשמא יש כאן מן המת בן או בת ע"י זנות ויבא היבם לידי איסור אשת אח שיש חיוב כרת:

ועוד נראה בזה, לפי מה שכתבו הפי' משניות לרמב"ם ורע"ב סוף פרק קמא דבכורות דלאבא שאול שם היבום דוחה לל"ת דאשת אח מאי מקשינן דעשה דיבום ידחה לל"ת באלמנה דכה"ג הלא כיון דדוחה ל"ת דאשת

אח אין בכח העשה לדחות עוד ל"ת אחרת, וכי תימא דהגמ' קאי לרבנן דא"ש עדיין קשה מאי מקשינן ביבמות כ"א על הך מ"ד דסובר באלמנה מן האירוסין לכה"ג לא פטורה צרתה מברייתא דאם בעלו קנו הלא י"ל דהך מ"ד סובר כא"ש וברייתא כרבנן דא"ש דעשה דוחה לל"ת, ואף לרבנן דא"ש יש לעיין, דלפירוש המשניות ורע"ב פליגי רבנן וא"ש בזה דלא"ש דיבום דוחה לל"ת דאי' אשת אח כיון דדוחה לריכי' לכוון בעשה דיבום לשם מלוה דאז בכח העשה לדחות לל"ת ולרבנן דאי' אשת אח נפסק מיד בשעת מיתה ואין עשה דיבום דוחה א"ל לכוון ביבום לשם מלוה כ"א אף לנוי ולממון והא תינח בדלא דחה העשה לל"ת אבל אם העשה ידחה לל"ת דאלמנה דכה"ג אז גם רבנן סוברים כא"ש דלריכי' לכוון לשם מלוה דוקא דרק אז בכח העשה לדחות לל"ת ולכ"ע חליצה קודמת ליבום כיון דהרבה מיבמים לשם נוי ולשם ממון ושפיר אמר רבא דאפשר לקיים שניהם דבכה"ג הליצה קודמת ליבום ויכול לחלוץ ונראה הלא קיימינן אאלמנה לכה"ג וכיון דכהן גדול הוא הגדול מאחיו בקדושה ונושא על מלאו קודש לה' הוא בלי ספק יכוון לשם מלוה ואללו יבום קודמת אף לא"ש וחליצה במקום יבום לגבי כה"ג כלא כלום היא ונדחו שפיר דברי רבא דלא הוה אפשר לקיים שניהם, ומיושב בזה קושי' הראשונים שם שמקשים על הגמ' דמקשה מכח קא פסיק ותני ל"ש מן הנשואין ול"ש מן האירוסין הלא יכולים להקשות מסיפא דמתניתן דמפורש בהדי' גרושה וחלולה לכהן הדיוט וממזרת ונתינה לישראל דליכא בהנך רק ל"ת וידחה עשה דיבום לל"ת ע"ש ולפמ"ש ניחא דבהנך אין להחליט שמיבמים לשם מלוה ואין עשה דוחה לל"ת ומקשינן מאלמנה מן האירוסין לכה"ג דבזה אין ספק שייבם לשם מלוה:

גם אפשר לתרץ קושי' ראשונים דלמה מקשה מפסיק ותני' הלא י"ל דמתניתן בים למת עוד נשים שאינן גרושה וחלולה ולא נתינה וממזרת ואפשר לקיים העשה דיבום בנשים כשרות ואיך עשה דוחה לל"ת כיון דאפשר לקיים שניהם, וע"כ היה לריך אם הי' מקשה מסיפא ג"כ לפסיק ותני אף בדליכא למת עוד נשים ובכה"ג ידחה עשה לל"ת לכן מקשה מרישא מכח קא פסיק ותני אפילו באלמנה מן האירוסין ובכהן גדול אפי' הי' למת נשים רבות הלא כולן אסורות שכולן אלמנות, וילא לנו הדין הא דתנו בברייתא אם בעלו קנו דוקא כשלא הי' למת נשים כשרות וא"א לקיים שניהם עשה דוחה לל"ת אבל אם הי' לו גם נשים שכשרות ליבם כיון דאפשר לקיים היבום בלי דחית ל"ת אין עשה דוחה ואם בעלו לא קנו:

ועיין בשאר המלך בפרק ו' מה' יבום ה' י"א שמביא בשם פרשת דרכים שמסופק באלמנה מן הנשואין כיון אין עשה דוחה לעשה ול"ת ולא חזי' ליבום אי הדרה לאיסורא קמא לאיסור אשת אח דיש בו כרת ואין קדושין תופסין בה, והשעה"מ פשט שם מיבמות כ"א דמקשינן שם על המ"ד דאינו פוטר לרתה מברייתא דאם בעלו קנו ומאי קושי' הלא הקדושין תופסין בחייבי לאוין ושפיר קנו אבל לרתה לא נפטרה ולריכה חליצה אע"כ דהדרה לאי' קמא ואין קדושין תופסין ע"ש ולי נראה דליכא הוכחה משם, דאף דקדושין תופסין בחייבי לאוין כיון דאין עשה דוחה לעשה ול"ת ואם בועל עובר בלאו שוב אינו מקיים בביאתו מלות יבום דהא הוה מלוה הבאה בעברה ולאו מלוה היא ואף דקנה בביאתו דקדושין תופסין בחייבי לאוין בכל זאת לריכה חלילה דבביאה עדיין לא קיים העשה דיבום ולריך לקיים העשה ע"י חלילה ושפיר מקשה הגמ' מברייתא דתני ואם בעלו קנו ודי לה בגט וא"ל חלילה מוכח דעשה דוחה לל"ת ויש בביאתו מלות יבום וזהו דלא כהמל"מ שם שכ' אף דאין עשה דוחה מ"מ כיון שקדושין תופסין בחייבי לאוין פטורה בגט בלא חלילה, ועיין בחידושי ר"ן בסנהדרין י"ח שכ' בהחלט באלמנה מן הנשואין דאיכא לאו ועשה מ"מ כהן שקידש אותה קדושיו קדושין דקדושין תופסין בחייבי לאוין מבואר דסובר דלא הדרה לאיסורא קמא, ואפשר לאמר דתלי' בפלוגתא דאבא שאול ורבנן לא"ש לפי פירושים של פי' המשניות ורע"ב פ"ק דבכורות דא"ש סובר דאי' אשת אח נשאר עד היבום ורק ע"י היבום נדחה האיסור דאשת אח וכיון דאין עשה דיבום דוחה לעשה ול"ת נשאר האיסור ולא נדחה, משא"כ לרבנן דא"ש דסברו דאי' אשת אח כבר הלך לו ע"י מיתת האח בלא בנים שוב לא הדר ואין כאן אלא חייבי לאוין ותפסי קדושין:

שם סעיף ג' יבמה שהיא ספק ערוה, עיין בב"ש ס"ק ג' שכ' דמש"ה ספק אחות חלולתו אסורה משום דגזרינן אטו אחות גרושתו דהוה דאוריתא כמבואר בכמ"י ותמה על הב"ח שכ' דאם כנסה א"ל להוליאה והעלים עינו מהכמ"י ע"ש ונראה דהכמ"י שפיר כ' להנך ראשונים שפוסקים ספקא מה"ת לחומרא וספק אחות גרושתו אסורה מה"ת וגזרינן בספק אחות חלולתו אטו ספק אחות גרושתו דאסורה מה"ת, אבל לרמב"ם שפוסק ספק מה"ת לקולא ק' אמאי פוסק לספק אחות חלולתו לריך לגרש הלא לדידיה ספק אחות גרושתו רק מדרבנן אסורה ולמה נגזור בספק אחות חלולתו אטו ספק אחות גרושתו הלא גם שם ליכא אלא איסור דרבנן:

שם סעיף י"א מי שזינתה אשתו תחתיו בעדים ובררון דינה כדין ערוה והיא ולרתה פטורין מחלילה ומיבום, כן הוא שיטת הרי"ף והרמב"ם והרא"ש והטור שפוסקים כרב ביבמות י"א דאמר סוטה לרתה אסורה דטומאה כתיב בה כעריות ופירשו דרב פוטר הלרה אף מחלילה ומדמקשינן ביבמות ג' ליתניתו לדרב ודר'

אסי

אסי במתניתן והלא במתניתן תני ט"ו עריות פוטרין צרותיהן מחליצה ומיבום ע"כ דרב פוטר לגמרי, והנה משם יש להוכיח דאין הלכה כרב דהא שם אמרינן מניכא דמתניתן בא למעוטי דרב ואי הלכתא כרב איך נימא דמתניתן דלא כהלכתא, אך ע"ש בעמוד א' דמקשינן שם על מתניתן דמקדים חליצה ליבום ומתרצינן דמתניתן אתי כאבא שאול דסובר חליצה קודמת והלא הרי"ף והרמב"ם והרמב"ן והרשב"א והריטב"א כולם פוסקים כרבנן דא"ש ובכל אופן מתניתן דלא כהלכתא ה"נ י"ל דהלכה כרב ומתניתן דלא כהלכתא, גם י"ל דבירושלמי פרק קמא דסוטה הלכה ב' תני רבי אומר שלש טומאות אמורות בפרשה אחת לבעל ואחת לבועל ואחת לתרומה ור' אבין אמר שם אחת ליבם עש"ה ויש לאמר הא דרב כר' אבין דטומאה כתיב איבם והוה ערוה על היבם וא"ל לא היא ולא צרתה לא יבים ולא חליצה, משא"כ לרבי דלא כתיב טומאה ביבם כ"א בבעל וכיון שקידשה קודם שזינתה וקדושיו קדושין זקוקה אחר מיתתו לאחיו מה"ת דלגבי היבם לא נקראת ערוה ורבי לשיטתו שסידר המשניות ממעט במניינו ברים יבמות דינו דרב ולית ליה כותיה, ורב כר' אבין ויש לאמר דהלכתא כותיה, ובזה מיושבי' הרמב"ם פ"ו מיבום ה' י"ט והרי"ף והרא"ש והטור כאן שפסקו ספק זנתה היא חוללת וצרתה או חוללת או מיבמת וקשה עליהם הלא בירושלמי ביבמות פרק י' הלכה א' מבואר דבסוטה שספק זינתה צרותיה אסורין ליבם ע"ש ובזה ניחא הירושלמי סובר כר' אבין דטומאה קאי איבם והוה כערוה עליו וסוטה דהוה ספק ערוה אוסרת הצרה ביבום, אבל לרבי דסובר דטומאה לא קאי איבם כ"א אתרומה שפיר יש לאמר דצרת סוטה מתיבמת, אך לפי מה שכתבתי בסמוך אי פסקו כרבי לא היה להם לפסוק כרב הלא רב כר' אבין, גם י"ל דרק לר' אסי ביבמות י"ב דסובר דצרות איילונית פטורות מחליצה לדידיה צריכין לאמר דמניכא דמתניתן בא למעוטי הא דרב, אבל להלכתא דקיי"ל כרבא שם דצרות איילונית מתיבמת שפיר יש לאמר מניכא דמתניתן למעוטי דר' אסי דאיילונית אינה פוטרת צרתה אבל סוטה פוטרת כרב ועיין בא"ר זרוע ה' יבום סי' תקל"ו שכ' הלכה כרב דליכא מאן דפליג על רב ומדאמר ר' יוחנן צרת ממאנת וצרות איילונית וצרות מחזיר גרושתו מותרות ואלו צרות סוטה לא קאמר ש"מ דאית ליה דרב וכן הלכה ע"ש אך מירושלמי פרק י' דיבמות הלכה א' מוכח דלא כא"ז דשם פליגי ר' יוחנן ורב ר' יוחנן אמר צרה סוטה אסורה דריח ערוה נגע בה רב אמר מפני שכתוב בה טומאה כעריות ע"ש אלמא דר' יוחנן פליג על רב ר' יוחנן סובר דאינה רק ריח ערוה ודי לאסור צרתה ליבום ולא לחליצה ורב סובר דטומאה כתיב בערוה ממש ופוטרת הצרה לגמרי אף מחליצה לפ"ז אין הלכה כרב דר' יוחנן ורב הלכה כר' יוחנן כמבואר בביצה ד' ובתוס' חולין ל"ז ע"א ד"ה אמר רבא, וזה שיטת הראב"ד שהביאו הראשונים שאינו פוסק כרב דר' יוסף בסוטה ה' פליג על רב וכן דעת מהר"ם ומרדכי ותרומות הדשן ומירושלמי שהבאתי יש ראי' לדבריהם:

ועיין בריטב"א ביבמות י"א שמביא בשם מהר"א הלוי דרב לא אמר כ"א לאסור מן התורה ביאה שני' בין לה בין לצרה אבל חליצה בעי בין לה בין לצרה עש"ה לפ"ז אף דהלכה כרב בעי חליצה, ועיין בנב"י תניינא באה"ע סי' ק"כ שכ' דלרב אסורה הצרה ביבום ובעי חליצה ולא הביא שם דברי הרא"ה שהוא חד מקדמאי שכ' כן, אך מירושלמי שהבאתי בסמוך נראה דבזה גופא פליגי ר' יוחנן ורב לרב פטורה הצרה לגמרי אף מחליצה ולר' יוחנן צריכה חליצה והלכה כר' יוחנן, והנה מדברי הרא"ה מבואר דבסוטה ביאה ראשונה מותרת מה"ת דעשה דוחה לל"ת רק דגזרינן אטו ביאה שני' ויש לעיין לפי מה שכתבו תוס' בערובין דף ק' ד"ה מתן ד' דאין עשה דוחה לל"ת שבא ע"י פשיעה ע"ש ה"נ נימא הכי הלא השוה הכתוב אשה לאיש לכל מצות חוץ ממצות עשה שהז"ג דנשים פטורות והיא ג"כ מצווה שלא תבעל לבעלה כשזינתה וכיון שהל"ת בא ע"י פשיעתה שפשעה וזינתה למה ידחה עשה דיבום אללה הל"ת שבא ע"י פשיעתה, גם במחזיר גרושתו אחר שנשאת לאחר דבא הל"ת ע"י פשיעת שניהם היה לן לאמר דאין עשה דיבום דוחה, ואגב אבוא לעורר על מה שראיתי בנב"י שהבאתי שכתב שאם שומרת יבם נשאת לזר כיון דקדושין תופסין בה והוה א"א והוה ערוה ליבם נפקעה הזיקה לגמרי, ובהג"ה שם כ' שתוס' ביבמות דף ע"ז ע"א ד"ה בני צרות הקשו שם אם נתקדשו הצרות הלא' פקעה הזיקה כמו בקידש אחות זקוקתו, ותירצו התם אין בידינו להמות המקודשת משא"כ בנתקדשה לאחר ביד המקדש לגרשה ומותרת ליבם ע"ש וק' לי דעיין ברים סימן זה דנדה אינו מפקעת הזיקה וכ' הב"ש סק"א בשם תוס' דערוה אינה אסורה כ"א ליבם ומותרה לעלמא משא"כ נדה דאסורה לכל העולם גם בידה לטבול ע"ש לפ"ז בנתקדשה שומרת יבמה דאסורה לכל העולם הוה כנדה ואינו מפקעת הזיקה, גם כיון דעומדת לגרש אין הקדושין מפקיעין הזיקה, ועל קושי' תוס' מקידש אחותה יש לאמר הלא בסוטה ה' אמרינן כיון דסוטה צריכה גט מבעלה צריכה חליצה מיבמה ע"ש לפ"ז כשהיבם מקדש אחות זקוקתו עושה מעשה להפקיע הזיקה והוה כאלו פטרה בחליצה אבל כשנתקדשה לאחר צריך היבם לחלוץ לעשות מעשה להפקיע הזיקה:

ועפ"י מה שהבאתי דמלבד הראב"ד ומהר"ש ומרדכי ותה"ד יש לנו עוד שיטת רא"ה דסובר דאף לרב לא פטרה מחליצה, והגאון ר' אלי' ווילנא בביאורו כאן כ' דעיקר כהראב"ד ודעימיה ע"ש ודאי אין לסמוך על תשו' רדב"ז חלק א' סימן קע"ה שפסק אם היבם הלך למדה"י ולא נודע איה מקומו או שהוא כאן ואינו רוצה לחלוץ בלי ממון שיש להתיר הסוטה והצרות בלי חליצה ע"ש ועיין בתוס' יבמות י"א ע"א ד"ה צרת סוטה שהקשו מאי מקשינן בסוטה ה' ותיבם יבומי הלא לרב סוטה הוה ספק ערוה ואסורה מספק ליבם והניחו בקושי' ע"ש יש לאמר עיין ברמב"ן יבמות שתמה על רב הלא חזינן דבזינתה וגירשה וקידשה אח"כ קדושין תופסין בה ולא הוה כערוה, גם הלא במחזיר גרושתו דג"כ כתיב בה טומאה צרתה חוללת ותירץ דרב דרש מדכתיב לאיש אחר ולא ליבם אף לחליצה ויליף מטומאה דכתיב דדינה כערוה דצרתה כמותה משא"כ במחזיר גרושתו דלית לן קרא לפטור צריכה חליצה ע"ש לפ"ז המקשן בסוטה דלא ידע עדיין מדרש דלאיש אחר ולא ליבם דהתרצן שם אידך כן ליתא לדרב ושפיר הקשה ורק אחר שהתרצן אידך הדרש מלאיש אחר ולא ליבם איתא לדרב ומתורץ קושי' תוס' על המקשן, אך על הרמב"ן קשה קושי' תוס' על סוטה ה' ע"ב ד"ה לאחר שהקשו הלא בגיטין צ' מוקמינן האי קרא בודאי זנתה ומנא לן בסוטה בספק זנתה דאסורה ליבום ותירצו דעל ודאי זנתה א"צ קרא מדכתיב בה טומאה כערוה וע"כ קרא אסוטה קאי ע"ש ולרמב"ן דלרב לאו מטומאה יליף כ"א מקרא דלאיש אחר ולא ליבם דפטורה מחליצה ע"כ דרב מוקי קרא אודאי וצריכין קרא לפטור מחליצה ק' קושי' תוס' מנ"ל דבספק אין מיבמין, וכנראה דרק כל זמן שלא נדע דברי רב דודאי זנתה פטורה מיבום וחליצה יש להקשות בספק יבומי ייבם, אבל אחר שנדע דברי רב דודאי דינה כערוה לפטור אף מחליצה ממילא ידעינן בספק זינתה שאסור ליבם דהא הוה ספקא דאסורא דאיסור אשת אח ואזלינן לחומרא כקושי' תוס' ביבמות י"א שהבאתי:

שם סעיף י"ד קטנה שאינה ערוה עליו ומת ומיאנה הקטנה ביבם אסורה לו, עיין בירושלמי ביבמות פרק א' הלכה ב' ר' יוחנן אמר ממאנת היא ביבם להתיר צרה לאחיה ע"ש יש להקשות דעיין בתוס' ביבמות י"ג ד"ה לא צרת ערוה שהקשו על ר' אושעיא מברייתא דרמי בר יחזקאל ותירצו שם דר"א לא פליג ע"ש ולפי הירושלמי דר' יוחנן מתיר בממאנת ביבם לאביו של מת ק' קושי' תוס' על ר' יוחנן, ועיין בירושלמי שם הלכה ב' והלכה ד' דמוקי הירושלמי המשנה דכל שיכולה למאן ולא מיאנה צרתה חוללת ולא מתיבמת במתה הקטנה ובבבלי מתרצינן כרמי ב"י משום דנראה כצרת בתו מבואר דהירושלמי לית ליה הא דרמי ב"י וכמו דר' יוחנן לא חש לרמי ב"י א"כ י"ל על ר' אושעי דלא חש להא דרמי ב"י, וע"ש בירושלמי ה"ב דאמר ר"א מרי אפילו תימר בקיימת תפתר שאין שם יבם אחר אלא אביה ופירש הפני משה שם דר"א מתרץ דר' יוחנן סובר כרמי ב"י ע"ש והעלים עינו דר' יוחנן פליג בהדי' ארמי ב"י, כ"א דר"א חולק על ר' יוחנן ולא מוקי במתה הקטנה כ"א כרמי ב"י:

שם סעיף ט"ו אבל אם היה לאחיו ספק קדושין ה"ז יכולה להתיבם, דממ"נ אי מקודשת לאחיו זקוקה לו ואי לא היתה מקודשת נושא נכרית, אך בכל זאת יש כ"מ דעיין באה"ע סי' א' בהמחבר סעי' ט' דרגמ"ה לא התיר לענין יבום ואף שיש ליבם אשה יוכל ליבם יבמתו וכל זה בודאי יבם אבל בספק מקודשת שמא לא היתה מקודשת ואין כאן מצות יבום וספק בחרם דהוה דאוריתא לחומרא, גם יש כ"מ כשהיבם הוא בן ט' שנים ויום אחד ובא על יבמתו דעשאו חז"ל ביאת קטן ביבמתו כמאמר בגדול וכל קנינו רק מדרבנן והיכא דמת הקטן חוללת ולא מתיבמת משום דביאתו אינה מפקיע הזיקה הראשונה מאח הראשון שמת וביבמות ל"א ע"ב מבואר דאיסור ב' זיקות אינו אלא איסור דרבנן ע"ש לפ"ז בספק מקודשת לאח הראשון אם לא היתה מקודשת לראשון גם לקטן בן ט' לא היתה מקודשת דאין אישות לקטן כמבואר ביבמות כ"ו ואין כאן זיקה כלל ואם היתה מקודשת קנאה היבם מדרבנן והוה ספק זיקת ב' יבמין וספקא דרבנן לקולא ומותרת ליבום, גם יש כ"מ לענין ירושה דאם היתה מקודשת יורש היבם כל נכסי המת ואם לא היתה מקודשת יורש האב של המת אם עדיין חי ואם מת יורשים כל האחים בשוה ובספק יבום אין ספק מוציא מידי ודאי יורשים:

סימן קע"ד

סעיף א' יבמה שהיא אסורה ליבם בלאו אם עבר ובא עליה קנאה ונפטרת צרתה עיין בב"ש סק"ג שתמה לאבא שאול דמצות חליצה קודמת ליבום ואין עשה דוחה ל"ת דאפשר לקיים שניהם ע"י חליצה ורש"י ותוס' ורא"ש פוסקים כא"ש ואיך אמרינן כאן אם בעלה קנאה ופוטר צרתה ותירץ עפ"י הנמ"י והריטב"א שכ' דאבא שאול רק מדרבנן קאמר אך הקשה מלישנא דחכמים שמביאים ראי' מקרא כנגד א"ש ותירץ דרבנן סוברים אף אם מיבמים לשם דבר אחר ליכא אי' דאוריתא לכן כשמיבם סתם לא גזרו חז"ל וא"ש סובר כשמכוונים לדבר אחר הוה איסור דאורי' ולכן גזרו חז"ל במיבם סתם כיון דחליצה קודמת ליבום אסרו ליבם ע"ש ודבריו תמוהים הלא הריטב"א והנמ"י

כתבו

תבו כן כדי לאוקמי מתניתן דיבמות כ"ג ע"ב אף כא"ש "ש והלא במתניתן שם תנן בין בשוגג בין במזיד ובמזיד יינו כשבועל לשם זנות כמפורש ברש"י ובכל המפרשים אם בועל לשם זנות מכוון לדבר אחר הוא ולא"ש אסור דאורייתא ועדיין לא אתי מתניתן כאבא שאול, גם מה כ' כיון דלא"ש חליצה קודמת ליבום גזרו כשמיבם סתם לא ביבמות ל"ט אמר א"ש מצות יבום קודמת לחליצה ראשונה שהיו מכוונים לשם מצוה ועכשיו שאין מכוונים אמרו מצות חליצה קודמת מבואר דמה"ת גם לא"ש מצות בום קודמת רק דעכשיו אמרו חז"ל מצות חליצה קודמת:

שם סעיף ב' היתה אסורה לבעלה, חוץ ממחזיר גרושתו משנשאת ומת שהיא חולצת ולא מתיבמת,

יין בב"ש סק"ד שתמה על הט"ז שכ' דמה"ת עשה דיבום יחה ללאו רק משום גזרה ביאה ראשונה אטו ביאה שני' תמה הב"ש מסוטה דף ו' דשם אמרינן ק"ו אם נאסרה מותר לה ק"ו שנאסרה לאסור לה וע"כ במקום מצוה בליכא עשה א"כ לק"ו בלא"ה אסורה ובזה מיישב את ה כ' דביאתה אינה פוטרת הצרה ע"ש ויש ליישב את ו יסם בסוטה רבא הוא דאמר הק"ו שם ולכאורה פרך הק"ו לבעלה נאסרה בלאו ואצלו ליכא עשה שיחזור קותה אבל ביבם דאיכא עשה דיבום יש לאמר דעשה חה לל"ת ומותרת ליבום, אך רבא אזל לשיטתו דאמר במות כ' דעשה דיבום אינו דוחה לל"ת דאפשר לקיים יהם ע"י עשה דחליצה ואין כאן פירכא על הק"ו אבל י מאי דמסקינן ביבמות דרבא תיובתא הוא ולא הוה פשר לקיים שניהם דחליצה במקום יבום לאו כלום ורק רבנן גזרינן ביאה ראשונה אטו ביאה שני' מפרך הק"ו בא בסוטה וגם במחזיר גרושתו משנשאת הטעם דחולצת כה מתיבמת כמ"ש הט"ז משום גזרה ביאה ראשונה אטו ביאה שני':

ם סעיף ד' מי שיש עליה זיקת שני יבמים עיין בב"ש סק"ו שכ' עיין בתוס' וברמב"ם דכל זה

אלא מדרבנן ולאו דרשה גמורה היא אלא אסמכתא מא ע"ש עיין בתוס' יבמות דף ל"א ע"ב ד"ה מדרבנן ובו בתירץ ראשון דב' משניות פליגי בזה אי זיקת ב' ן מה"ת או מדרבנן המשנה ביבמות ל"א סוברת רשה רק אסמכתא וליכא אלא איסור דרבנן והמשנה ות ל"ו סוברת דהוא מדאורייתא ובתירץ שני שם הביאו ריב"ן דלכ"ע זיקת ב' יבמין מה"ת ע"ש ונראה לפרש הם דבגיטין דף פ"ב ע"ב אמר ר' אבא לר' אליעזר ר באומר בגט תהי' מגורשת חוץ מפלוני מגורשת ה"ה שין אם ראובן קידש אשה ואמר תהי' מקודשת לכל שעולם חוץ לשמעון אחי ואם בא שמעון אחי ראובן וקידשה התם ומתו שניהם אז הוה ב' זיקות מב' יבמין מה"ת ע"ש וזהו לר"א אבל לרבנן דר"א דבגט חוץ לא מהני ה"ה בקדושין לא אלין הקדושין דמקשינן הוי' ליציאה ע"ש לפ"ז י"ל המשנה ביבמות ל"א כרבנן דר"א וזיקת ב' יבמין רק מדרבנן והמשנה ביבמות ל"ו כר"א ושייך זיקת ב' יבמין מה"ת, ולהלכתא דקיי"ל כרבנן זיקת ב' יבמין מדרבנן, והריב"ן סובר דהלכה כר' יוחנן בקדושין ס' דסובר במקדש אשה מעכשיו ולאחר ל' ובא שני וקידשה מעכשיו לאחר כ' ואפילו קדושי מאה תופסין ומבואר בירושלמי שם לר' יוחנן משכחת זיקת ב' יבמין בכה"ג ע"ש וע"ש בקדושין ס' ברמב"ן ובר"ן ובריטב"א שכתבו לר' יוחנן כל הקדושין תופסין מה"ת ולר' יוחנן הוה זיקת ב' יבמין מה"ת והרמב"ן שם מביא בשם ר' חננאל שפוסק כר' יוחנן ויש לאמר דהריב"ן כר' חננאל לכן כ' דלכ"ע זיקת ב' יבמין מה"ת, לפ"ז איך כ' הב"ש בהחלט דזיקת ב' יבמין רק מדרבנן והדרשה רק אסמכתא, וגם תוס' בגיטין מ"ג ע"ב כתבו דזיקת ב' יבמין מדאוריתא והא דאמרינן ביבמות ל"א דאינו אלא מדרבנן זה קאי רק אעשה השני מאמר כיון דמאמר אינו קונה מה"ת כ"א מדרבנן אותן ב' זיקות אינו אלא מדרבנן אבל בעלמא הן מדאוריתא:

שם סעיף ז' מי שחצי' שפחה וחצי' בת חורין, עיין בגיטין מ"ג אמר ר' חסדא בחצי' שפחה

וחצי' בת חורין אין כאן משום אשת שני מתים ממ"נ אי קדושי ראשון קדושין אין ממש בקדושי שני עש"ה וע"ש בפני יהושע שתמה עליו הלא משכחת אשת ב' מתים בלא נשתחררה בין קדושי ראשון לקדושי שני' ובכה"ג קדושין של שני תופסין דאין כאן אלא חיוב אשם ואיסור כרת ליכא והלא קדושין תופסין בחייבי לאוין וכשמתו שניהם הוה אשת ב' מתים מה"ת וע"ש שתירץ כיון דלאו בא ע"י קדושין אי אפשר לקדש שנית דכיון דתפסו קדושי ראשון הוה ברשותו ואין לה יד לקבל קדושין משני ע"ש ומר' יוחנן קדושין ס' שהבאתי לעיל מוכח דאפילו קדושי מאה תופסין מה"ת ואודות קושיתו נראה לי אם לא נשתחררה אף לאחר קדושי שני ליכא אצלה מצות יבום כלל דבחצי' השפחות ליכא עשה דיבום והיא אסורה ליבום מצד חצי' שפחות שבה וליכא בהאי חצי' עשה דיבום לדחות האיסור גם עיין בירושלמי קדושין פ' האומר סוף הלכה א' דאמר ר' יודן בר פזי דכל יבמה שאין כולה לפנים צד הקנוי שבה נידון כערוה וערוה פוטרת צרתה ע"ש בפני משה שפירש דהכל שאינו זקוק ליבום נידון משום ערוה שאינה יכולה להתיבם והוה צד השני צרת ערוה וערוה פוטרת צרתה ע"ש א"כ חצי השפחות אינו ראוי ליבם ונחשב כערוה

ופוטר אלי האחות כמו צרת ערוה, ואם נשתחררה אחר שקדשו שכינס עיין בתוס' גיטין מ"ג שכ' על ר' חסדא דפשיטא ליה דקדושי ראשון תפסי רק מספקא ליה כשנשתחררה אח"כ אי הקדושין פקעו או נגמרו ועיין ברש"י שם שכ' פקעו הקדושין דע"י שחרור הוה גוף אחר כקטן שנולד ע"ש לפ"ז בנשתחררה אחרי קדושי שני פקעו קדושי שכינס ואין כאן קדושין כלל לא מראשון ולא משני ולא זיקה:

Druck von Stampfel, Eder & Comp. in Pressburg.